Inhaberschuldzeichen.

§ 807 BGB.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität Erlangen

vorgelegt von

ACAD. LUBLIN. BIBL.

Alfred Friedrich Ortweiler

aus Bayreuth,

Rechtspraktikant am Kgl. Landgericht Nürnberg.

Approbiert am 17. Juli 1910.

Nürnberg.

Buch- und Kunstdruckerei Benedikt Hilz.

1911.

102

Referent: Univ.-Professor Dr. Siber.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung.
A. Allgemeiner Teil.
I. Wesen der Ifz.
§ 1 Die allgemeinen Erfordernisse nach dem Wortlaute des § 807 3
§ 2 Die Ifz. sind Wertpapiere 5
§ 3 Die Ifz. sind Inhaberpapiere 6
II. Die für die Ifz. geltenden Rechtssätze.
A. Die Entstehung (Genitalfunktion).
1. § 4 Die Entstehung der Verpflichtung aus dem Ifz. (vgl. A. II. b § 11) 10
a) Die verschiedenen in Betracht kommenden Theorien.
b) Die für die Ifz. geltende Theorie.
2. Insbesondere die Ausstellung.
§ 5 aa) Wesen der Ausstellung 19
bb) Die Mängel bei der Ausstellung.
α) § 6 Heilung der Mängel 20
β) Einfluß der nicht geheilten Mängel.
§ 7 Der Mängel, die Nichtigkeit bewirken 23
§ 8 Der Mängel, die Anfechtbarkeit bewirken 29
§ 9 Insbesondere des Betrugs und der Drohung 32
B. Die Uebertragung (Vitalfunktion).
§ 10 Wesen der Uebertragung 36
§ 11 Entstehung der Gläubigerschaft aus dem Ifz. (vergl. II. a 1. § 4 a u. b) 39
§ 12 Leistung an einen nicht Verfügungsberechtigten (Leistungsverweigerungsrecht, Leistungsverweigerungspflicht des Ausstellers) 45
§ 13 Leistung an einen nicht Verfügungsfähigen . 49
§ 14 Die Eigentumstheorie, Anwendbarkeit der einzelnen Rechtssätze über Eigentumserwerb an beweglichen Sachen 53
§ 15 Rechtsstellung des nicht innehabenden Eigentümers 63
§ 16 a) Die Leistungszeit 64
b) Der Leistungsort.

Seite

D. Die Beendigung der Verpflichtung aus den Ifz. (Finalfunktion).
§ 17 Die Leistung durch den Aussteller, Wirkung der Uebergabe an den Aussteller, Fortleben der Verpflichtung 66
D. § 18 Die Einwendungen des Ausstellers 74
III. Abgrenzung des Ifz. von ähnlichen Rechtsinstituten.
§ 19 Von den Schuldverschreibungen auf den Inhaber 81
§ 20 Begriff der Legitimationspapiere, qualifizierten Legitimationspapiere, Legitimationszeichen . . 83
§ 21 Abgrenzung der in § 20 aufgestellten Begriffe von den Ifz. 90
§ 22 Lösung des scheinbaren Widerspruchs der Ausdrucksweise der Motive und des Oertmannschen Kommentars mit dem in § 21 gewonnenen Ergebnis 92
B. Besonderer Teil
§ 23 Einleitung 94
§ 24 Das Theaterbillet 95
§ 25 Die Eisenbahnfahrkarte 102
§ 26 Insbes. die Rückfahrkarte 108
§ 27 Das Straßenbahnbillet 109
§ 28 Die Briefmarke 114
§ 29 Die Invalidenmarke 119
§ 30 Der Gepäckschein 121
§ 31 Die Garderobemarke 123
§ 32 Die Rabattmarken, Kartoffelmarken, Standesbillets 124
§ 33 Die Bier- und Speisemarken 127

Literaturverzeichnis.

Bähr: Anerkennung als Verpflichtungsgrund, 1867.

Beyersdorf: Die rechtliche Natur der Eisenbahnfahrkarte. Diss. Berlin 1903.

Bekker: Geldpapiere im Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts Bd. 1.

Bicheroux: Rechtliche Bedeutung des Theaterbillets. Diss. Berlin 1897.

Biermann: Sachenrecht, 2. Auflage.

Binder: Die rechtliche Stellung des Erben nach dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch.

Bluntschli: Deutsches Privatrecht.

Brunner: Wertpapiere in Endemanns Handbuch des deutschen Handelsrechts 1882, Bd. 2.

Cordes: Begriff und Arten der Wertpapiere. Diss. 1898.

Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, 2. Aufl.

— Lehrbuch des Handelsrechts, 6. Aufl.

Cosack-Gerber: Lehrbuch des bürgerl. Rechts, 4. Aufl.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts.

Dahn: Handelsrechtliche Vorträge.

Eger: Eisenbahnrechtliche Entscheidungen, Bd. 23.

v. Eheberg: Finanzwissenschaft, 8./9. Aufl.

Endemann: Handbuch des deutschen Handelsrechts, 1882.

— Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 8. u. 9. Aufl.

— Recht der Eisenbahnen.

Ennecerus: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 2. Aufl.

Förster: Theorie und Praxis des heutigen geltenden preußischen Privatrechts, 7. Aufl.
Fuchs: Karten und Marken des täglichen Verkehrs, 1881.
Gareis: Das deutsche Handelsrecht, 1896.
— in Buschs Archiv für Theorie und Praxis des Handels- und Wechselrechts, Bd. 34.
Gaupp-Stein: Kommentar zur ZPO. 8./9. Aufl.
Gengler: Das deutsche Privatrecht.
Gerber: System des deutschen Privatrechts, 17. Aufl.
Gierke: Deutsches Privatrecht.
— in der DJZ. 1905, S. 93 ff.
Goldmann-Lilienthal: Das bürgerliche Gesetzbuch, 2. Aufl.
Göppert: Zur rechtlichen Natur der Personenbeförderung auf Eisenbahnen. Diss. 1894.
Haberstumpf: in Ztschrft. für Rpfl. in Bayern 1910, Nr. 21, S. 379.
Heilfron: Bürgerliches Recht, Bd. 1—3, 3. Aufl.
Heinzmann: Deutsches Theaterrecht 1905.
Hellmann: in v. Iherings Jahrb. für die Dogmatik des bürgerl. Rechts, Bd. 42.
— in der kritischen Vierteljahrsschrift, Bd. 44.
Jacobi: Die Wertpapiere im bürgerlichen Recht des Deutschen Reiches, 1901.
— Das Wertpapier als Legitimation.
de Jonge: Unübertragbarkeit der Retourbillets, 1888.
— Retourbillets und kein Ende 1889.
Knies: Geld und Kredit.
Kempner: Der r. Charakter des Straßenbahnbillets. Diss. Berlin 1902.
Kuhlenbeck: Handkommentar zum BGB., 2. Aufl.
— Kommentar zum EGBGB., 4. Aufl.
Kohler: Die Briefmarke im Recht, Archiv für bürgerl. Recht, Bd. 6.
Kuntze: Die Lehre von den Inhaberpapieren, 1857.
Krüger: Legitimationsurkunden im geltenden Zivilrecht, Diss. 1902.
Langen: Die Kreationstheorie im heutigen Reichsrecht.
Lehmann-Ring: Kommentar zum HGB., 2. Aufl.
Manigk: Willenserklärung und Willensgeschäft.
Mugdan: Die gesamten Materialien zum BGB.
Müller-Meikel: Das bürgerliche Recht, 2. Aufl.
Neumann: Handausgabe des BGB., 4. Aufl.
Niedner: Kommentar zum EGBGB., 2. Aufl.

Oertmann: Bayerisches Landeszivilrecht.
— Kommentar zum BGB., allg. Teil, 1. Aufl.
— Kommentar zum BGB., Recht der Schuldverhältnisse, 1. u. 2. Aufl.
— Schuldrecht
— Allgemeiner Teil } bei Göschen
— in der DJZ. 1902, S. 105 ff.
— in der DJZ. 1904, S. 1127 ff.
— Vortrag in der kriminal. Vereinigung Erlangen: Zivilrechtlicher Schutz gegen Zurechnungsunfähige.
— in Seufferts Bl. f. RA. Bd. 71, S. 280 ff.
Opet: Deutsches Theaterrecht, 1897.
Pappenheim: Begriff und Arten der Papiere auf Inhaber im Sinne des Artikel 307 HGB.
— in der kritischen Vierteljahrsschrift, Bd. 44, S. 334.
Planck: Kommentar zum BGB., 3. Aufl.
Platner: Beitrag zur Lehre von den Inhaberpapieren, Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 48.
Rauda: Das Eigentumsrecht im römischen Recht.
Rehbein: Kommentar zur ADWO., 8. Aufl.
Riezler: in Seufferts Bl. f. RA., Bd. 71.
Ritter: Allgemeine Lehren des Handelrechts.
Rosin: Arbeiterversicherung.
Schneeli: Die rechtliche Natur des Eisenbahnfahrscheins, Diss. Zürich 1890.
Schollmeyer: Schuldverhältnisse.
Seelmann: Das Straßenbahnbillet. Archiv f. ziv. Praxis, Bd. 25.
Sohm: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. 17, S. 167.
Sommer: Kauf des Theaterbillets, Diss. Göttingen 1896.
Simon: Die namenlosen Zinsscheine der Orderpapiere.
Staub: Kommentar zum HGB., 8. Aufl.
Staudinger: Kommentar zum BGB., 5./6. Aufl.
Steuer: Die rechtliche Natur des Theaterbillets, Diss. Rostock 1899.
Stobbe: Deutsches Privatrecht, 1878.
Stranz: ADWO., 9. Aufl.
Thöl: Handelsrecht, 1879.
Unger: Die r. Natur der Inhaberpapiere.
Wahlbruch: Einwendungen, welche die Gültigkeit der Ausstellung von Schuldverschreibungen auf den Inhaber betreffen, Diss. Göttingen 1901.
Wagner: Der Kredit und das Bankwesen im Handbuch der politischen Ökonomie.

Wahl: Les papiers au porteur.
Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts, 1887.
Zwitzers: Der blinde Passagier, Diss. Göttingen 1896.
Entwurf, Motive, Protokolle des BGB.
Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
Entscheidungen der Oberlandesgerichte.
Entscheidungen des obersten Landesgerichts.
Seufferts Blätter für Rechtsanwendung.
Seufferts Archiv.
Archiv für die zivilrechtlichen Entscheidungen der königl. sächs. Justizbehörden.
Blätter für Rechtspflege in Bayern.
Deutsche Juristenzeitung.
Juristische Wochenschrift.

In verschiedenen Jahrgängen.

Soweit weder Auflage noch Jahreszahl angegeben ist, wurde jeweils die erste Auflage benutzt.

Der Verkehr hat namentlich in den letzten Jahrzehnten einen derartig überraschenden Aufschwung genommen, die wirtschaftlichen Beziehungen zwischen den Einzelnen haben sich so zahlreich und verschlungen gestaltet, daß es unmöglich wurde, die wirtschaftlichen Werte wie in alten Zeiten zirkulieren zu lassen. So ging man dazu über, für die Werte Surrogate zu schaffen und diese in den Verkehr zu bringen. Mit besonderer Vorliebe bediente man sich dabei des Papierstoffes. Schon beim Übergang von der Natural- zur Geldwirtschaft, noch mehr aber bei der Ablösung der Geld- durch die Kreditwirtschaft machte sich diese Strömung bemerkbar. Vollends als die Fortschritte der Technik eine bedeutende Ausdehnung der wirtschaftlichen Beziehungen brachten, schuf man in allen Wirtschafts- und Erwerbszweigen Papiere, die den verschiedenartigsten Charakter tragen.

Besonders häufig treten solche Papiere bei Rechtsgeschäften in Erscheinung, die täglich in großen Mengen abgeschlossen werden. Karten und Marken des täglichen Verkehrs kann man sie nach dem Vorgange von Fuchs[1] mit einem farblosen Ausdruck nennen, der lediglich auf ihren Zweck hindeutet, aber keinerlei juristisch wertvolle Unterscheidungsmerkmale bietet.

Diese Karten und Marken haben verschiedenartigen juristischen Charakter. Freilich ist dieser, eben weil die Marken durch das Verkehrsbedürfnis geschaffen wurden und

[1] aaO. S. 1

erst nach ihrer Entstehung juristische Beurteilung erfuhren, rechtlich nur zu häufig zweifelhaft. Deshalb haben sich auch oft die Juristen mit diesen Karten und Marken beschäftigt. Über die verschiedenen Versuche, eine brauchbare Einteilung zu gewinnen, zu berichten, dürfte müßig sein; soweit dieselben in unserer Untersuchung gestreift werden müssen, verweise ich auf die einschlägigen Stellen. Nur das sei erwähnt, daß eine brauchbare umfassende Darstellung heute noch fehlt. Das mag wohl daher kommen, daß diese Karten und Marken regelmäßig einen geringen Vermögenswert besitzen und meistens nur als Appendix zu größeren Arbeiten kurz beschrieben wurden. Eben weil diese Karten und Marken einen geringen Vermögenswert repräsentieren, haben auch die Gerichte bis jetzt wenig Gelegenheit gehabt, sich mit ihnen zu beschäftigen.

Auch die früheren Gesetzgebungen behandelten dieses Gebiet fast gar nicht. Durch das BGB. kam man insofern einen Schritt weiter, als dasselbe zwar keine grundlegende Einteilung oder erschöpfende Behandlung dieser Marken gibt, wohl aber für einige, die gewisse Merkmale aufweisen, Rechtssätze aufstellt. Da aber der Gesetzgeber den Wortlaut seiner Bestimmung mit Absicht dehnbar und unbestimmt faßte, um der wissenschaftlichen Behandlung nicht vorzugreifen, ist man sich heute immer noch nicht einig, welche Karten unter diese Bestimmungen fallen.

Deshalb hat es sich die folgende Untersuchung zur Aufgabe gemacht, zunächst einmal ganz allgemein die Erfordernisse, die der § 807 — um diesen handelt es sich nämlich — für die unter ihn fallenden Papiere aufstellt, zu normieren. Sodann sollen die Rechtssätze erörtert werden, die auf unsere Urkunden Anwendung finden, dann sollen diese Urkunden von ähnlichen Rechtsinstituten abgegrenzt werden, schließlich sollen die gebräuchlichsten Urkunden des täglichen Verkehrs darauf untersucht werden,

ob sie unter den § 807 fallen. Bei der Menge der in Betracht kommenden Urkunden kann dies natürlich nur ein Versuch sein. Den Schluß wird eine kurze historische Betrachtung bilden.

§ 1.

§ 807 lautet:

Werden Karten, Marken oder ähnliche Urkunden, in denen ein Gläubiger nicht bezeichnet ist, von dem Aussteller unter Umständen ausgegeben, aus welchen sich ergibt, daß er dem Inhaber zu einer Leistung verpflichtet sein will, so finden die Vorschriften des § 793 Abs. 1 und der §§ 794, 796, 797 entsprechende Anwendung.

Es handelt sich also im § 807 um „Urkunden kleineren Stils“ [1], um kleine Inhaberpapiere. Der Wortlaut des Gesetzes, Karten und Marken oder ähnliche Urkunden, ist mit vollem Bedacht gewählt. Damit soll nämlich zum Ausdruck gebracht werden, daß auch Urkunden der unvollkommensten Art unter § 807 fallen. Dabei wird unter Urkunde ein körperlicher Gegenstand verstanden, durch den nach der Absicht des Ausstellers eine rechtliche Tatsache bezeichnet wird. Vor allem ist für den Begriff Urkunde Schriftlichkeit nicht wesentlich. Ebenso ist das materielle Substrat irrelevant, der Stoff, aus dem die unter § 807 fallenden Urkunden gefertigt sind — dieser Ausdruck sei als Zusammenfassung gewählt — ist vollkommen unerheblich.

Wesentlich für die unter § 807 fallenden Urkunden ist, daß sie keinen Gläubiger nennen. Wie wichtig diese Bestimmung für die Beurteilung unserer Urkunden ist, wird unten auseinandergesetzt. Stellt sie doch einen formellen Hauptunterschied von den im § 808 behandelten Urkunden dar.

---

[1] Staudinger § 807 Erl.

Wir werden also aus unserer Untersuchung alle Papiere ausscheiden können, die den Namen des Gläubigers angeben, denn diese können nie unter § 807 fallen.

Als weiteres Erfordernis verlangt § 807, daß der Aussteller dem Inhaber zu einer Leistung verpflichtet sein will. Allerdings soll für die Beurteilung der Frage, ob diese Absicht beim Aussteller zu vermuten ist, nicht allein der Inhalt der Urkunde maßgebend sein, der dies ja oft nicht erkennen lassen wird, sondern noch andere Umstände. Wenn nämlich auch die Art und Weise der Ausgabe solcher Urkunden darauf schließen läßt, daß der Aussteller dem Inhaber zur Leistung verpflichtet sein will, so fallen sie unter § 807.

In der Urkunde muß eine Leistung vermögensrechtlichen Inhalts versprochen sein. Daß diese Leistung auf Geld geht, ist nicht erforderlich, ja in den weitaus meisten Fällen werden diese Urkunden keine Geldleistung, sondern nur eine geldwerte Leistung versprechen.

Eine einheitliche wissenschaftliche Bezeichnung fehlt für die Urkunden des § 807. Mit Rücksicht auf die eben aufgestellten Erfordernisse sind verschiedene Namen für dieselben geschaffen worden:

Ennecerus nennt sie Inhaberverpflichtungszeichen,

Cosack Inhabermarken, eine Art Schuldverschreibung,

Müller-Meikel unvollkommene, kleine Inhaberpapiere, ebenso Planck,

Staub, 5./7. Aufl. II 1583, unechte Inhaberpapiere.

Inwieweit diese Namen zutreffend sind, wird die folgende Untersuchung ergeben. In dieser werden die Urkunden

Inhaberschuldzeichen (Isz.)

[1a] Ennecerus aaO. I, S. 809.
Cosack BGB. II, 351.
Müller-Meikel aaO. I, S. 641/642.

genannt werden und zwar, weil sie Urkunden der unvollkommensten Art darstellen, die wir zum Unterschied von vollkommenen d. h. namentlich schriftlichen Urkunden Zeichen nennen, weil sie dem Inhaber ferner eine Leistung versprechen, also eine Obligation verkörpern. Wir glauben damit eine dem gesetzlichen Ausdruck für ein ähnliches Institut, die Inhaberschuldverschreibung, vollkommen nachgebildeten Ausdruck gefunden zu haben, der aber doch die wesentlichen Unterscheidungsmerkmale erkennen läßt (s. u.).

§ 2.

Die Isz. sind Wertpapiere.

Der Begriff Wertpapiere ist keineswegs authentisch definiert oder wissenschaftlich einheitlich festgestellt. Ja nicht einmal der Gesetzgeber versteht immer dasselbe unter dem Begriff. Die Kennzeichen, welche die gesetzlichen Bestimmungen über Wertpapiere bieten, sind zu dürftig, um auf Grund derselben zu einer festen Abgrenzung dieses Begriffes kommen zu können. So gebraucht z. B. die ZPO. den Begriff bald im weiteren, bald im engeren Sinn. Vergl. §§ 108, 688, 794, 821, 822, 884 ZPO.

Deshalb gibt es auch über den Begriff Wertpapiere eine ziemliche Anzahl Theorien. Namentlich in neuerer Zeit aber hat sich eine immer mehr Anhänger errungen. Diese sagt: Wertpapiere sind solche Urkunden, bei denen der Besitz, genauer die Inhabung, zur Ausübung des Rechtes erforderlich ist, die also Träger dieses Rechtes sind.

Brunner[2] definiert: Wertpapiere sind Urkunden über ein Privatrecht, dessen Verwertung durch Innehabung der Urkunde privatrechtlich bedingt ist. Die Ausübung des

[2] Brunner bei Endemann S. 147.

Rechtes ist die prinzipielle Verwertungsart, nicht die Übertragbarkeit.

Oertmann[3] sagt: Papiere, bei denen die Urkunde nicht nur wie gewöhnlich dem Beweise oder wie bei erforderlicher Schriftform der Entstehung, sondern auch der Fortdauer des Rechtes dient, so daß dieses in seinem ganzen Werdegange von der Urkunde getragen und gewissermaßen verkörpert wird, die Innehabung der Urkunde zur Ausübung des darin verbrieften Rechtes erforderlich ist.

Da § 807 ausdrücklich verlangt, daß der Aussteller dem Inhaber zur Leistung verpflichtet sein will, daß also die Innehabung des Papieres durch den Gläubiger wesentlich für die Verpflichtung des Ausstellers zur Leistung ist, ist der Bestand der verbrieften Forderung eben an die Innehabung geknüpft. Ohne Urkunde kann das Recht nicht geltend gemacht werden. Das Papier ist Träger des Rechts: ein Wertpapier.

Dies übersieht offenbar Dahn[4], denn er behauptet: Wertpapiere sind Forderungsrechte, die im Papiere verkörpert sind, solche sind aber nicht die Karten und Marken des täglichen Verkehrs.

Zuzugeben ist, daß diese Karten und Marken nicht immer Wertpapiere sind, sondern nur insoweit sie unter § 807 fallen.

§ 3.

Die Papiere des § 807 sind Inhaberpapiere.

Eine sehr gebräuchliche Einteilung der Wertpapiere ist die in Order-, Rekta-, Inhaberpapiere.

Inhaberpapiere sind solche Papiere, bei denen der Inhaber zur Ausübung des im Papier verbrieften Rechtes

[3] Vorbemerkung zu Titel 22.

[4] Handelsrechtliche Vorträge S. 75.

legitimiert ist. Der Aussteller muß sich dabei im klaren sein, daß unter Umständen ein anderer als der erste Inhaber das Recht geltend machen kann, er muß diesen Inhaberwechsel dulden und die Absicht haben, einer incerta persona nämlich der, welche die Urkunde inne haben wird, zu leisten.

Nicht erforderlich ist für das Wesen des Inhaberpapiers, daß das Papier mit der Inhaberklausel versehen ist. Diesen Standpunkt vertrat schon das ROHG. in den Entscheidungen Bd. 22 S. 55, ferner das RG. 13. 153. Wie das RG. in der angezogenen Entscheidung ausführt, muß aus der Urkunde lediglich hervorgehen, daß der Inhaber als solcher forderungsberechtigt ist. Die Absicht, welche der Aussteller bei der Ausstellung oder Begebung hatte, ist gleichgültig, soweit sie nicht in der Urkunde ausgesprochen ist.

Denselben Standpunkt vertritt das OLG. Dresden[5]: Zur Anwendung des § 793 ist nicht erforderlich, daß die dort vorgesehene Inhaberklausel wörtlich in die Urkunde aufgenommen wird. Vielmehr genügt es, wenn aus ihrer Fassung und Form der Wille des Ausstellers hervorgeht, dem Inhaber und nur ihm zur Bewirkung der versprochenen Leistung verpflichtet zu sein[6].

Die Urkunden des § 807 erfüllen dies Erfordernis. Ja nach § 807 braucht nicht einmal aus der Urkunde selbst der Wille des Ausstellers hervorzugehen, dem Inhaber zur Leistung verpflichtet zu sein. Es genügt schon, wenn die Art der Ausgabe einen solchen Willen erkennen läßt. Diese Bestimmung hängt eben wieder mit der Formlosigkeit der Isz. zusammen.

Jedenfalls aber muß es der Wille des Ausstellers

---

[5] Rechtsprechung der OLG. Bd. 18, S. 190.

[6] Archiv Bd. 63.

sein, dem Inhaber zu leisten, und deswegen sind die Isz. Inhaberpapiere.

Ennecerus leugnet, daß diese Urkunden Inhaberpapiere sind, weil sie den Inhalt der Schuld und den Verpflichtungswillen unvollkommen ausdrücken, meist auch ohne Unterschrift sind. Allein diese Gründe sind bedeutungslos, denn so lange überhaupt irgendwie der Wille des Ausstellers, an den Inhaber zu leisten, erkennbar ist, sind diese Papiere Inhaberpapiere. Ennecerus nähert offenbar den Begriff der Inhaberpapiere dem der Inhaberschuldverschreibungen zu sehr an.

Ebenso behauptet Förster[7], es sei unrichtig, unter die Inhaberpapiere auch eine Menge von Urkunden zu rechnen, die im täglichen Verkehr vorkommen und Bescheinigungen darstellen, daß eine Leistung geschehen, für welche die Gegenleistung noch zu erwarten ist. Solche Schriftstücke haben die Natur von Quittungen und Legitimationspapieren. Die Ähnlichkeit mit den Inhaberpapieren, daß sie nämlich namenlos ausgestellt sind, erkläre sich aus Gründen der Bequemlichkeit.

Auch Bekker[8] wendet sich gegen die Theorien, die zu den Inhaberpapieren ohne weiteres alle Sorten Karten und Marken werfen. Er hält es wie Förster für eine rein äußerliche Ähnlichkeit, daß die über gewisse Rechtsverhältnisse ausgestellten Bescheinigungen den Namen des Berechtigten nicht nennen. Solche Billets und Karten seien keineswegs dem eigentlichen Verkehre bestimmt und „es wäre widersinnig, sie nach Regeln zu behandeln, die nur aus den Gedanken geflossen sind, den Verkehr zu erleichtern".

v. Canstein[9] sieht ebenfalls nicht in den Karten

[7] Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preuß. Privatr. 4. Aufl. I, S. 417.

[8] Geldpapiere im Jahrb. des gemeinen deutschen Rechts, S. 512.

[9] Handelsr. S. 816.

und Marken des täglichen Verkehrs, auch nicht wenigstens in einzelnen, Inhaberpapiere, selbst wenn sie den Berechtigten nicht nennen. Sie seien nur Beweisurkunden, welche entweder das Geständnis über den Empfang einer bestimmten rückzustellenden Sache oder über den Empfang einer Geldsumme, für welche eine Gegenleistung versprochen wird, oder ein sonstiges Geständnis enthalten.

Alle diese irrtümlichen Ansichten sind darauf zurückzuführen, daß sie die Karten und Marken des täglichen Verkehrs alle nach denselben Rechtsregeln behandeln und eine Trennung in Ifz. und Legitimationszeichen nicht kennen. Auf eines allerdings sei besonders hingewiesen, hierauf spielen ja auch die eben angeführten Stellen an. Die Inhaberschuldzeichen sind nicht schon deshalb Inhaberpapiere, weil in ihnen ein Gläubiger nicht genannt ist.

Nicht jedes namenlose Papier ist Inhaberpapier. Es gibt viele Papiere, die den Namen des Gläubigers nicht nennen, eine Leistung verkörpern und doch keine Inhaberpapiere sind. Ich erinnere hier nur an den Schuldschein. Wohl niemand, der einen namenlosen Schuldschein ausstellt, dieser Fall wird ja allerdings ziemlich selten sein wird sich dadurch jedem Inhaber verpflichten wollen.

Gierke[10] sagt treffend: Es gibt Rektapapiere in Inhaberform, scheinbare Inhaberpapiere, die den Namen des Berechtigten nicht nennen, gleichwohl aber das beurkundete Recht einer bestimmten Person verschreiben wollen und nur eben den Aussteller von der Pflicht befreien wollen, die Legitimation des Ausstellers zu prüfen.

Einen gegenteiligen Standpunkt nimmt das ROHG. ein[12]: allerdings lauten die Dividendenscheine nicht auf eine bestimmte Person, sind *also* Inhaberpapiere.

---

[10] Deutsches Privatrecht S. 161.
[12] ROHG. Bd. 18, S. 157.

Gerade an diesem Beispiele weist aber Veit Simon[13] nach, daß nicht alle namenlosen Papiere Inhaberpapiere sind. Da nach § 213 HGB. nur Aktionäre Anspruch auf den verteilbaren Reingewinn haben, kann also nur der Aktionär den auf ihn entfallenden Teil verlangen, obwohl der Dividendenschein nicht auf dessen Namen lautet.

Also kann nicht ohne weiteres aus dem Mangel der Bezeichnung eines Gläubigers gefolgert werden, daß das Papier ein Inhaberpapier ist, wohl aber ergibt sich dies aus den Umständen, nach Gierke[14] ist es überall da anzunehmen, wo es bei typisch ausgebildeten Formen der Verkehrssitte entspricht.

Daß auch das BGB. diesen Standpunkt vertritt, daß nämlich nicht schon der Mangel einer Gläubigerbezeichnung eine Urkunde zum Inhaberpapier macht, kann aus dem Wortlaut des § 807 gefolgert werden.

Der Vollständigkeit halber möge hier — obwohl es bei unseren Urkunden nicht einschlägt da in ihnen ein Gläubiger nicht genannt sein darf erwähnt werden, daß es auch Urkunden gibt, in denen ein Gläubiger genannt ist, die aber trotzdem Inhaberpapiere sind.

Einen solchen Fall führt Kuntze[15] an.

§ 4.

Bei der Betrachtung der für die Isz. anzuwendenden Rechtssätze möge nach dem Vorgang von Kuntze die Einteilung in Genital-, Vital-, Finalfunktion Anwendung finden.

I. Wie entsteht die Verpflichtung aus dem Isz.? Das Isz. ist ein Inhaberpapier, als solches Wertpapier. In Ermangelung besonderer Vorschriften müssen also hier die

[13] aaO. S. 15 und 16.
[14] aaO. S. 161.
[15] aaO. S. 365.

Rechtsätze über Inhaberpapiere, sekundär über Wertpapiere gelten, wie diese ja überhaupt überall da Anwendung zu finden haben, wo besondere gesetzliche Bestimmungen fehlen.

Die Frage nach der rechtswirksamen Entstehung von Wertpapieren ist eine alte, berühmte Kontroverse, die auch heute noch keineswegs entschieden ist.

Drei Hauptansichten haben sich bis heute behauptet: Die Vertrags-, Emissions-, Kreationstheorie.

Die Vertragstheorie besagt:

Die Verpflichtung aus dem Wertpapier entsteht erst mit der Begebung, d. h. nicht schon dann, wenn der Aussteller sein Versprechen in der Urkunde niedergelegt hat, sondern wenn die Urkunde auch vom Aussteller dem ersten Gläubiger übergeben und — dies gilt besonders für Inhaberpapiere — von diesem unter der Voraussetzung angenommen worden ist, daß der Aussteller auch allen späteren Nehmern gegenüber haften müsse.

Zur Begründung einer Verpflichtung des Ausstellers bedarf es also eines Vertrages, durch den das Papier in den Verkehr gebracht wird.

Die Emissionstheorie sagt:

Die Verpflichtung des Ausstellers aus dem Papiere entsteht durch willentliche und wissentliche Weiterbegebung des Papiers.

Nach der Kreationstheorie entsteht die Verpflichtung des Ausstellers schon durch die Ausstellung.

Die Ausstellung ist ein einseitiges, nicht empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft. Sie ist, wie Cosack[16] sagt, „ein Monolog des Schuldners" und in dem Moment vollendet, in dem das fertige Papier vom Schuldner unterschrieben ist. Allerdings muß diese Ausführung bei den Isz. eine Modifikation erfahren, da dieselben meist nicht unterschrieben

[16] Bürgerliches Recht Bd. 2, 335.

sind. Bei ihnen ist die Ausstellung dann vollendet, wenn sie so hergestellt sind, daß sie jederzeit in den Verkehr gebracht werden können.

Es soll schon jetzt darauf hingewiesen werden, daß die bei der Kreationstheorie gebrauchte Ausdrucksweise nicht genau ist. Zur Entstehung einer Verpflichtung sind immer zwei Personen erforderlich. Mit der Ausstellung ist die Verpflichtung des Ausstellers deshalb noch nicht entstanden, sondern erst eine gewisse Gebundenheit, ein vorbereitendes Stadium für die Entstehung der Verpflichtung. Die Ausstellung ist eine rechtliche Situation, die zur Entstehung der Gläubigerschaft führt, gewissermaßen das Medium. Sie ist ein latentes Rechtsverhältnis, das beim Hinzutritt des sachenrechtlichen Erwerbsaktes aktuell wird.

Die Ausstellung hat aber vorher schon gewisse Wirkung, vergl. § 794 (s. u.), sie bewirkt also eine gewisse „Gebundenheit" des Ausstellers.

An einem Beispiel möge gezeigt werden, welche verschiedenartige Konsequenzen diese Theorien zeitigen. Der geisteskranke X erwirbt ein Isz., er schenkt es an Y und dieser verkauft es an Z.

1. Nach der Vertragstheorie ist Z nicht Gläubiger.
2. Nach der Emissionstheorie ist Z Gläubiger.
3. Nach der Kreationstheorie ebenfalls.

Schon Windscheid[17] bekämpfte im gemeinen Recht die Vertragstheorie mit der Begründung, daß auch die Vertragstheorie den Standpunkt vertrete, jeder neue Gläubiger sei nicht der Nachmann seines Vorgängers, sondern habe ein selbständiges Recht. Er habe nun dieses Recht bloß auf Grund der schuldnerischen Erklärung. Nehme man aber einen Vertrag an, so könnte der Aussteller den Eintritt eines neuen Gläubigers jederzeit durch Widerruf

[17] Windscheid aaO. II, § 304, Anmerkung 11.

verhindern. Daß der Aussteller aber dieses Recht nicht habe, sei feststehendes Recht. Die Vertragstheorie komme also zu der merkwürdigen Konsequenz für den Fall des Widerrufs, daß ein Vertrag vorliege, der dadurch zu Stande gekommen ist, daß ein früher vorhandener, aber jetzt nicht mehr vorhandener Wille angenommen worden ist.

Unschwer läßt sich die Vertragstheorie aus dem BGB. widerlegen, allerdings nur für die Schuldverschreibungen auf den Inhaber und entsprechend auch für die Isz., also weder für die übrigen Inhaberpapiere noch für die Wertpapiere im allgemeinen.

Erstmals kann die von Windscheid gegebene Argumentation auch für das BGB. gelten. Denn entweder die Vertreter der Vertragstheorie nehmen an, daß das Recht des neuen Gläubigers vom Vormann unabhängig ist, dann kommen sie zu der von Windscheid schon kritisierten Konsequenz, oder sie fassen den Nachmann als Zessionar auf, dann kommen sie in Widerspruch mit den gesetzlichen Bestimmungen des § 796, der doch ausdrücklich nicht die Einreden aus der Person des Vormannes zuläßt, also eine Zession ablehnt.

Ferner steht § 794 mit der Vertragstheorie im strikten Widerspruch. Wenn eine Verpflichtung des Ausstellers erst durch Vertrag entsteht, kann der Aussteller natürlich aus gestohlenen, verlorenen oder sonst ohne seinen Willen in den Verkehr gelangten Papieren nicht haften.

Gierke erklärt deshalb den Anspruch des Inhabers nach § 794 als einen gewöhnlichen Schadenersatzanspruch. Das den gesetzlichen Bestimmungen über den Schadenersatz zu grundeliegende Prinzip besteht aber darin, daß der Ersatzberechtigte seinen positiven Schaden verlangen kann. Der Inhaber könnte also nur das negative Interesse verlangen. Diese Konsequenz steht aber wiederum im Widerspruch mit der gesetzlichen Bestimmung, nach der der In-

haber ohne Rücksicht darauf, ob überhaupt und welchen Schaden er erlitten, stets die ganze im Isz. versprochene Leistung verlangen kann.

Jacobi erklärt den § 794 damit aus der Vertragstheorie heraus, daß zu Gunsten des gutgläubigen Dritten immer vermutet wird, zwischen dem Aussteller und dem ersten Nehmer sei ein Vertrag zu Stande gekommen, d. h. es werde dem gutgläubigen Dritten gegenüber eine Verpflichtung des Ausstellers fingiert.

Diese Konstruktion krankt daran, daß sie einmal Vermutung und Fiktion identifiziert. Sollte aber die Verpflichtung des Ausstellers im Falle des § 794 auf einer Vermutung beruhen, so könnte diese jederzeit entkräftet werden, es sei denn, sie wäre eine praesumptio iuris et de iure. Dies behauptet aber Jacobi selbst nicht. Der Aussteller würde also nur in manchen Fällen haften, diese Folgerung aber steht wieder mit dem klaren Wortlaut des Gesetzes in Widerspruch.

Bei § 794 Abs. 2 versagt aber diese Theorie vollkommen. Schon der erste Nehmer wird als Gläubiger des verstorbenen Ausstellers behandelt, eine Vermutung, die nicht einmal widerlegt zu werden braucht, da sie vollkommen absurd ist.

Planck[18] weist darauf hin, daß die Anhänger der Vertragstheorie künstlich ein Delikt des Ausstellers annehmen müßten. Dies würde darin zu erblicken sein, daß der Aussteller nicht genügend Sorge dafür getragen hat, das wohl ausgestellte, aber noch nicht begebene, also rechtsungültige Papier so zu verwahren, daß es ohne seinen Willen nicht in den Verkehr gelangt. Will das Gesetz den Erben des Ausstellers selbst daraus einen Strick drehen, daß dieser

[18] Planck, Komm. zu § 793.

das persönliche Pech gehabt hat, vor der Begebung des Papieres zu sterben?

Die Emissionstheorie hat den Vorteil vor der Kreationstheorie, daß nach ihr die Verpflichtung nicht durch eine der Außenwelt nicht wahrnehmbare Willenserklärung entsteht, sondern erst durch Kundgebung dieses Willens an die Außenwelt durch Entlassung des Papieres aus dem Gewahrsam des Schuldners.

Allein auch sie muß, um den § 794 erklären zu können, zur Annahme einer Ausnahmebestimmung ihre Zuflucht nehmen. Sie führt ebenfalls als Haftungsprinzip bei § 794 Verschulden des Ausstellers an, das sich dadurch von anderen ähnlich gelagerten Fällen unterscheidet, daß der Gesetzgeber ein für alle mal von vornherein die Höhe des Schadens festgesetzt habe, die sich auf die in der Urkunde genannte Leistung belaufe. Sie fingiert also wiederum ein Verschulden des Ausstellers. Sie versucht mit der von der Vertragstheorie abweichenden Konstruktion die oben erwähnte, dem Prinzip über den Schadenersatz widersprechende Folgerung zu beseitigen, übersieht aber dabei, daß sie selbst von derselben falschen Voraussetzung ausgeht. Wollte das Gesetz im § 794 bewußt einen Schadenersatzanspruch konstruieren und damit eine von den allgemeinen Bestimmungen über den Schadenersatzanspruch abweichende Regelung treffen, so hätte es dies expressis verbis, unter ausdrücklicher Normierung der Abweichung tun müssen.

Also auch die Emissionstheorie ist abzulehnen.

II. Dem BGB. liegt unzweifelhaft die Kreationstheorie zu Grunde.

Schon der klare Wortlaut des § 793 muß zu diesem Ergebnis führen. Heißt es doch da: hat jemand eine Urkunde *ausgestellt*, so kann der Inhaber von ihm die Leistung verlangen. Die *Ausstellung* ist nach § 793 als der Zeitpunkt maßgebend, in dem der Aussteller ver-

pflichtet wird. Auch nicht mit einem Wort deutet der § 793, wenn auch nur versteckt, daraufhin, daß noch ein anderes Moment hinzukommen müsse, um die Gebundenheit des Ausstellers zu bewirken.

Eine notwendige Konsequenz der Kreationstheorie ist dann § 794. Würde er nicht vorhanden sein, so würden die in ihm enthaltenen Bestimmungen trotzdem ipso iure gelten. Der § 794 ist also nur als Ausfluß eines Prinzips anzusehen. Der Aussteller ist aus der Urkunde selbst dann verpflichtet, wenn sie ihm gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen ist. Natürlich! Die Ausstellung ist vollendet, nach der Kreationstheorie ist der Aussteller also gebunden.

Auch Absatz 2 ist eine Konsequenz der Kreationstheorie. Mit der Ausstellung hat der Aussteller einen Tatbestand gesetzt, aus dem ohne seine Mitwirkung eine Verpflichtung entstehen kann, sofern nur die Urkunde in die Hände eines Dritten gelangt.

Daß der Aussteller dem Dieb nicht verpflichtet wird, ist selbstverständlich, dies geht schon aus § 793 hervor.

Die Motive (II 697) sagen ausdrücklich, der Verkehr erheische die Annahme dieses Prinzips. Damit erhärten die Materialien zum BGB. selbst die von mir oben aufgestellte Behauptung, daß der § 794 nur der Ausfluß eines Prinzips sei, also nicht, wie die Anhänger der Vertrags- und Emissionstheorie behaupten, eine im Interesse der Verkehrssicherheit getroffene Sonderbestimmung.

Nach dem oben Gesagten kann aber als dieses Prinzip nur die Kreationstheorie in Betracht kommen.

Überhaupt beweist die ganze Entstehung der § 793 und 794, daß dem BGB. die Kretionstheorie zu Grunde liegt.

Zunächst sagen die Motive (II 695), daß die Vor-

schriften des Entwurfs über das aus der Ausstellung zwischen dem Aussteller und dem Inhaber entstehende Schuldverhältnis auf der Annahme der verpflichtenden Kraft des vom Aussteller in der Urkunde niedergelegten und verbrieften einseitigen Versprechens beruhen. In der Tat finden auch die wichtigsten Rechtssätze über das aus der Ausstellung entstehende obligatorische Verhältnis mehr in dieser Auffassung ihre natürliche, der Absicht des Ausstellers derartiger Urkunden entsprechende Erklärung.

Ferner sagen die Motive an derselben Stelle ganz unzweideutig, daß die verbindliche Kraft des einseitigen, auf unmittelbare Begründung eines Schuldverhältnisses gerichteten Versprechens vom Entwurf ausdrücklich bei den Schuldverschreibungen auf den Inhaber anerkannt worden sei. § 685 des Entwurfes.

Die Kommission der zweiten Lesung[18a] billigte sachlich den Standpunkt des Entwurfes erster Lesung, sie lehnte auch einen Antrag ab, der dahin ging, die Verpflichtung erst mit der vollendeten Ausgabe beginnen zu lassen. Dadurch bewies sie, daß sie prinzipiell auf dem Standpunkt der Kreationstheorie steht.

So wurde denn der auf der Kreationstheorie fußende § 685 des Entwurfes als § 793 BGB. Gesetz.

Zweifelhaft dürfe es nur sein, ob auch für § 807 die Kreationstheorie gilt, da doch dieser Paragraph nicht von Ausstellung, sondern von Ausgabe spricht. Prima vista würde sich demnach die von manchen vertretene Ansicht rechtfertigen lassen, daß das Isz. erst durch die Ausgabe wirksam entsteht. Allein der § 807 läßt den Augenblick der Ausgabe nicht für das Wirksamwerden der Verpflichtung aus dem Isz. entscheidend sein, darüber schweigt er überhaupt. Die Art der Ausgabe soll vielmehr lediglich ein

[18a] Prot. II, S. 527 ff.

Erkennungszeichen dafür bilden, ob der Aussteller mit dem betreffenden Papier ein Inhaberpapier hat schaffen wollen. Dies ist auch sehr wohl berechtigt. Die Isz. sind ja meist höchst primitiv, selten lassen sie den Aussteller erkennen, ja manchmal sind sie nicht einmal mit einem Schriftzeichen versehen, sodaß es unmöglich ist, aus der Urkunde selbst deren Charakter zu erkennen. Hier mußte denn ein Ausweg gefunden werden. Aus diesem Grunde hat § 807 diese Bestimmung aufgenommen.

Da also § 807 selbst über die Entstehung der Verpflichtung aus den Isz. nichts bestimmt, vielmehr auf § 793, 794 verweist, diese Paragraphen aber auf der Kreationstheorie beruhen, muß diese auch für die Isz. gelten.

Damit also die in den Isz. verbriefte Forderung wirksam wirkt, muß nicht jedes einzelne Isz. ausgegeben werden. Läßt ein Isz., schon bevor Stücke der betreffenden Art in den Verkehr gebracht sind, erkennen, daß es ein Isz. ist, so ist der Aussteller gebunden. Ist dieser Wille des Ausstellers aus der Urkunde selbst nicht erkennbar, so müssen erst einzelne Urkunden dieser Art ausgegeben werden. Läßt die Art der Ausgabe erkennen, daß der Aussteller Isz. hat schaffen wollen, so ist es unerheblich, ob auch die andern ausgegeben werden. Der Aussteller ist auch bei ihnen bereits mit der vollendeten Ausstellung gebunden.

Die Art der Ausgabe ist also vom Gesetzgeber erst als sekundäres Erkennungsmerkmal für den Charakter unserer Urkunden gedacht.

Eine etwas andere Ansicht vertritt Planck[19]: ... Der Aussteller wird aus der Urkunde auch dann verpflichtet, wenn sie ohne seinen Willen in den Verkehr gelangt ist. „Voraussetzung ist hierbei aber nach der absichtlich so gewählten Fassung des § 807, daß mit der Ausgabe der

[19] Kommentar zu § 807.

hergestellten Urkunden seitens des Ausstellers bereits begonnen ist. Hat der Aussteller die Urkunden der fraglichen Art zum Zwecke der *späteren* Verwendung angefertigt, so wird er erst haftbar, wenn er angefangen hat, die Papiere in den Verkehr zu bringen.

Diese Ansicht beruht auf einer irrtümlichen Auslegung des § 807 und ist schon vom Standpunkt des Verkehrsinteresses aus zu verwerfen.

Also auch die Jfz. entstehen durch die Ausstellung. Nicht einmal für sie läßt sich trotz des in § 807 gebrauchten Wortes „Ausgabe" der Beweis erbringen, daß die Ausstellung und Innehabung des Papiers durch Willensübereinstimmung vermittelt und verbunden sein müssen. Die Entstehung der Verpflichtung aus der Ausstellung ist eine der in § 305 ausdrücklich für zulässig erklärten Ausnahmen von dem Satze, daß zur Begründung eines Schuldverhältnisses ein Vertrag unter den Beteiligten erforderlich sei. Ähnliche Ausnahmen finden wir bei der Auslobung, der Anweisung, dem Stiftungsgeschäft, dem Vermächtnisse. §§ 657, 783, 82, 1939, 2174, 2175 BGB.

§ 5.

Die Ausstellung ist eine einseitige, nicht empfangsbedürftige Willenserklärung. Sie ist ein Rechtsgeschäft. § 793 nämlich führt die Haftung auf ein Versprechen zurück, der Aussteller haftet, weil er versprochen, also einen rechtswirksamen Willen geäußert hat. Ferner aber spricht das Gesetz in § 1825 BGB. bei den genehmigungsbedürftigen „*Rechtsgeschäften*" auch von der Ausstellung, damit dokumentiert es also deutlich, daß die Ausstellung ein Rechtsgeschäft ist.

Jacobi nennt die Ausstellung einen „einseitigen, nicht

rechtsgeschäftlichen Akt", er versteht also darunter einen rein faktischen Vorgang, Binder „eine unmittelbare Willensäußerung"[19a].

Wo nun das Gesetz zwischen einseitigen, vertraglichen, empfangsbedürftigen, nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen unterscheidet, sind die Vorschriften über einseitige nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen anzuwenden.

Als solche hier in Betracht kommenden Unterschiede seien erwähnt: Die Wirksamkeit von Willenserklärungen, die der Minderjährige ohne Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters abgibt, § 108, 111 BGB. Ferner §§ 116 folgende. Auch bei der Lehre von der Stellvertretung sind solche Unterschiede festzustellen.

In den weitaus meisten Fällen mag wohl die Verpflichtung des Ausstellers erst dadurch herbeigeführt werden, daß dieser mit dem ersten Nehmer einen Vertrag abschließt. Allein da die Ausstellung von dem Begebungsvertrag ganz verschieden ist, mag sie im einzelnen auch mit ihm oft zusammenfallen, so greifen die Vertragsgrundsätze nur insoweit Platz, als es sich speziell um die Prüfung des Begebungsvertrages handelt, d. h. der Verknüpfung des Rechts mit der Person des Erwerbers. Entsteht nämlich im einzelnen Falle das Recht des ersten Gläubigers durch Vertrag mit dem Aussteller, so ist dies so aufzufassen, daß neben die Ausstellung als einseitiges Rechtsgeschäft ein Vertrag tritt. Die Verpflichtung des Ausstellers beruht nach wie vor auf der Ausstellung.

§ 6.

Im einzelnen soll jetzt geprüft werden, welchen Einfluß Mängel bei der Ausstellung auf die Gültigkeit der Isz. haben. Hier zeigt sich schon, wie scharf Ausstellung

[19a] Rechtsstellung des Erben I, 94.

und Begebung auseinander zu halten sind. Da nur die Ausstellung, nicht auch die Begebung des Papiers für die Begründung der Gebundenheit des Ausstellers aus dem Papier wesentlich ist, hat der Mangel bei der Ausstellung eine weit größere Tragweite als der Mangel der Begebung. Jener steht jedem künftigen Erwerber des Papieres entgegen, dieser ist nur im Verhältnis des Erwerbers zum Vormanne von Bedeutung.

Allerdings sind auch hier Fälle denkbar, in denen das Verhalten des Ausstellers nach der Ausstellung die Verpflichtung aus dem Ifz. beeinflußt.

Nehmen wir z. B. an, der Aussteller habe das Papier ausgestellt, weil er sich über den Inhalt seiner Erklärung im Irrtum befand. Er kann also an sich das Rechtsgeschäft wegen Irrtums anfechten, wenn wir die sonst erforderlichen Voraussetzungen des § 119 als gegeben unterstellen. Er erfährt bald, daß er die Erklärung anfechten kann; trotzdem gibt er das Papier weiter.

Unzweifelhaft hat er durch sein Verhalten gezeigt, daß er durch die Urkunde verpflichtet sein will, er hat also auf sein Anfechtungsrecht verzichtet und dadurch den Mangel der Ausstellung geheilt.

Im wesentlichen wird es sich hier um alle die Fälle handeln, in denen das Anfechtungsrecht gegeben ist.

Auch schon im Bestehenlassen des Papiers trotz Kenntnis der Rechtsmängel wird ein Verzicht auf Geltendmachung des Anfechtungsrechtes zu erblicken sein.

Hellmann[20] sagt über die Bestätigung anfechtbarer Rechtsgeschäfte:

Das Gesetz spricht sich nicht darüber aus, wie die Bestätigung zu erfolgen habe. Da das anfechtbare Rechtsgeschäft dem Beteiligten, in dessen Person der Anfechtungs-

[20] In Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerl. Rechts, Bd. 42, 439.

grund besteht, ein Anfechtungsrecht verleiht, so kann Bestätigung nichts anderes sein als Verzicht auf dieses Recht. Der Verzichtungswille kann auch geäußert werden, indem der ihm entsprechende Zustand hergestellt wird.

Die anfechtbaren Rechtsgeschäfte können durch Verzicht auf das Anfechtungsrecht geheilt werden, nicht aber die nichtigen. Diese können nur durch Neuvornahme gültig zur Entstehung gelangen. Deshalb also wird das Bestehenlassen allein, ein pati den Mangel der Nichtigkeit nicht heilen können, sondern hierzu ist noch eine besondere Tätigkeit des Ausstellers, ein facere notwendig. Es würde nun ein umständlicher Umweg sein, wollte man sich hier an den Wortlaut des Gesetzes klammern und nur dann eine Neuvornahme des Ausstellungsaktes anerkennen, wenn der Aussteller nochmals alle einzelnen, zur Ausstellung erforderlichen Handlungen vornimmt.

Umsomehr kann man bei den Jfz. von einer Neuvornahme der Ausstellung absehen, als dieselbe ja ohne Beobachtung einer Form geschehen kann.

Mit Recht behauptet deshalb Langen[21], daß ein wissentliches Bestehenlassen und Begeben in Kenntnis der Nichtigkeit von jetzt an die in der Urkunde niedergelegte Willenserklärung gültig macht, daher mit diesem Augenblick ein gültiges Papier entsteht.

Etwas ähnliches deuten die Motive (II 390) an: Einwendungen gegen die Gültigkeit der Ausstellung sind nur gültig, „wenn dem Aussteller zur Zeit der Ausstellung die Geschäftsfähigkeit mangelte und das Papier ohne seinen Willen in den Verkehr gelangte".

Daraus kann e contrario gefolgert werden, daß die Motive eine Begebung in Kenntnis der Nichtigkeit einer Neuvornahme der Ausstellung gleich stellen.

[21] aaO. S. 117.

§ 7.

Wie aber steht es, wenn die durch eine fehlerhafte Kreation entstandenen Isz. weder durch Bestehenlassen noch Begeben des Ausstellers in ihrem Mangel geheilt, fort bestehen?

Hier muß wieder geschieden werden zwischen Mängeln, die Anfechtbarkeit, und solchen, die Nichtigkeit bewirken.

Nichtig ist zunächst jede Willenserklärung eines Geschäftsunfähigen. Denn eine von einer geschäftsunfähigen Person abgegebene Willenserklärung kommt als rechtserhebliche Erklärung überhaupt nicht in Betracht. Die auf einer solchen Willenserklärung sich gründende Ausstellung ist also ebenfalls nichtig und bewirkt Ungültigkeit des Isz. §§ 104, 105 BGB. Der Aussteller kann also jedem Inhaber diesen Einwand entgegensetzen. § 796.

Ebenso ist jede Ausstellung, die im Zustand der Bewußtlosigkeit oder vorübergehender Störung der Geistestätigkeit vorgenommen worden, nichtig. § 105 Abs. 2.

Da die Ausstellung ein einseitiges, nicht empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft ist, ist die von einem Minderjährigen ohne Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters vorgenommene Ausstellung ebenfalls nichtig. § 111 Abs. 1.

Selbst durch die Genehmigung des gesetzlichen Vertreters oder des inzwischen unbeschränkt geschäftsfähig gewordenen Ausstellers kann die Nichtigkeit mit rückwirkender Kraft nicht geheilt werden. Nur wenn der Aussteller mit Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters oder nach eingetretener unbeschränkter Geschäftsfähigkeit das Papier als zu Recht bestehend anerkennt, kann der Mangel für die Zukunft behoben werden. Nach den Ausführungen auf Seite 22 kann eine solche Neuvornahme z. B. darin erblickt, werden, daß der Aussteller, unbeschränkt geschäfts-

fähig geworden, das Eigentum am Isz. durch gültigen Vertrag an einen anderen überträgt.

Ungültigkeit des Isz. auf Grund des § 125 BGB. kann schlechterdings nicht in Betracht kommen, denn wenn die für Isz. erforderliche Form nicht gewahrt ist, kann nicht einmal der Schein eines Isz. vorliegen.

Manche, z. B. Vahlbruch[22] sehen das Erfordernis des § 807, daß die Art der Ausgabe auf den Charakter der Papiere schließen lassen muß, als ein Formerfordernis an. Mit Rücksicht auf die auf Seite 18 Abs. 2 i. p. gemachten Ausführungen dürfte diese Ansicht irrig sein.

Richtig ist die Ausstellung von Isz., wenn der Aussteller die Ausstellungserklärung in der Erwartung abgibt, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden. § 118 BGB. Allerdings wird dies bei den Isz. in den allerseltensten Fällen zutreffen. Diese Urkunden sind für den großen Verkehr bestimmt. Losgelöst von jeder zu Grunde liegenden Causa gehen sie oft durch die Hände einer großen Anzahl von Personen. Bei dieser Sachlage gehört schon die Naivität eines überaus weltunklugen Mannes dazu, anzunehmen, der Mangel der Ernstlichkeit werde selbst von Inhabern nicht verkannt werden, die die Person des Ausstellers überhaupt nicht kennen.

Das Gesetz stellt ja die Frage der Gültigkeit einer nach § 118 abgegebenen Willenserklärung vollkommen auf das subjektive Empfinden des Erklärenden ab. Da aber die im Isz. niedergelegte Willenserklärung an einen unbestimmt großen Personenkreis gerichtet ist, müßte der Aussteller bei der Ausstellung die Erwartung hegen, all die Personen, an die möglicherweise die Urkunde gelangt, würden den Mangel der Ernstlichkeit nicht verkennen. Diese Erwartung könnte er als normaler Mensch sicher nur dann

[22] aaO. S. 15.

haben, wenn die Urkunde irgend einen, wenn auch noch so unbedeutenden entsprechenden Hinweis enthält.

Manche verlangen zur Anwendbarkeit den § 118 für die Isz., daß der Erklärende die Erwartung hegen „durfte", sie substituieren also das Empfinden eines normalen Menschen, daß die Erwartung durch die Sachlage objektiv gerechtfertigt sein müsse.

Allein aus dem Gesetz ist für diese Ansicht kein Beleg zu erbringen. Und so betrüblich das Resultat im Interesse der Verkehrssicherheit vielleicht ist: wenn der Erklärende die Erwartung hegte, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden, so ist seine Erklärung nichtig. Als Beispiel führe ich nur zum Scherz, zur Belehrung ausgestellte Isz. an.

Einen gewissen Ausgleich bringt § 122 BGB.

Undenkbar ist eine simulierte Ausstellung, § 117, da ja die Ausstellung ein einseitiges Rechtsgeschäft ist. Gültig ist die Ausstellung, auch wenn der Erklärende sich insgeheim vorbehält, eine Ausstellung nicht zu wollen. § 116.

Ausdrücklich sei hervorgehoben, daß nur die Mentalreservation als solche den Bestand der Willenserklärung unberührt läßt, andere Nichtigkeitsgründe werden durch diese Bestimmungen natürlich nicht berührt.

Zu erwägen wäre noch, inwieweit § 138 bei den Isz. einschlägt.

Kann die Ausstellung selbst unsittlich sein, d. h. gegen die sittlichen Anschauungen eines gerecht und billig denkenden Menschen verstoßen, „gegen die herrschenden sittlichen Anschauungen und Anforderungen"[23].

Nehmen wir z. B. an, ein verheirateter Wirt veranlaßt eine bei ihm bedienstete Kellnerin zur Duldung des Beischlafs und stellt ihr als Entgelt ein Dutzend Bier-

[23] Oertmann, Komm. zu § 138, Bd. 18.

marken aus, die sie an die Gäste verkaufen soll. Den Erlös hiefür darf sie behalten.

Fraglich ist, inwieweit ein seinem Inhalte nach erlaubtes Rechtsgeschäft durch die zu Grunde liegende Causa unsittlich wird.

Zunächst ist hervorzuheben, daß nach § 138 Abs. 1 nicht Moralwidrigkeit der Geschäftsgenossen, sondern des Geschäfts gefordert wird. (Vergl. Oertmann, Komm. zu § 138.) Daß das Versprechen außerehelichen Beischlafs gegen die guten Sitten verstößt, ist unbestritten, zumal, wenn der Beischlaf einen Ehebruch darstellt, wie im vorliegenden Beispiele.

Es ist ferner fast allgemein anerkannt, daß ein Rechtsgeschäft nicht nur dann gegen die guten Sitten verstößt, wenn etwas an sich Unsittliches versprochen wird, sondern auch dann, wenn etwas im übrigen Erlaubtes unter der Bedingung versprochen wird, daß der andere Teil ein unmoralisches Verhalten betätige.

Die Hingabe der Marken wäre also unsittlich und nichtig.

Soll aber die auf Grund dieser unsittlichen Abmachung erfolgte Ausstellung selbst unsittlich sein?

Wir kommen damit zu der ungemein wichtigen und vielfach, insbesondere auch oft vom RG. bei den Bordellkäufen erörterten Frage, inwieweit die zu Grunde liegende unsittliche Causa das Rechtsgeschäft beeinflußt.

Oertmann[24] hat über diese Frage einen Aufsatz veröffentlicht, den wir der folgenden Ausführung im Wesentlichen zu Grunde legen.

Darin stimmen alle überein, daß die Ausstellung, sofern sie selbst als Bestandteil des unsittlichen Geschäfts

[24] DJZ. 02, S. 105 ff.

anzusehen ist, nichtig ist. Dies wird aber in den seltensten Fällen zutreffen.

Über die Behandlung von Isz., die auf einen bereits abgeschlossenen unsittlichen Vertrag hin ausgestellt werden, kann man drei Hauptansichten unterscheiden:

1. die Ungültigkeit der Causa hat auch Einfluß auf die Gültigkeit der Ausstellung, bewirkt die Nichtigkeit,

2. die Ungültigkeit der Causa ist insofern von Einfluß auf die Ausstellung, als sie deren Anfechtbarkeit ermöglicht,

3. die Ausstellung selbst ist vollkommen rechtsgültig, aber es greifen die Grundsätze über ungerechtfertigte Bereicherung ein.

Dernburg[25] namentlich und das RG.[26] vertreten die erste Ansicht. Diese ist jedoch aus dem BGB. nicht nur nicht zu belegen, sondern widerstreitet direkt einigen gesetzlichen Bestimmungen.

Es sind zwar im BGB. einige Fälle festzustellen, in denen das Gesetz dem Schuldversprechen deswegen die verbindliche Kraft versagt, weil die zu Grunde liegende Causa nichtig ist. §§ 656, 762, 763, 780, 781.

Allein gerade diese Fälle sind vom Gesetzgeber ausdrücklich als Ausnahmebestimmungen vorgesehen, um einer Umgehung gewisser gesetzlicher Bestimmungen entgegenzutreten.

Gerade daraus kann deshalb e contrario geschlossen werden: wenn diese Fälle Ausnahmen darstellen, so muß das BGB. den Standpunkt vertreten, daß eine nichtige Causa ohne Einfluß auf das auf ihr beruhende Rechtsgeschäft ist. Somit also wäre der von Dernburg vertretene Standpunkt nur dann zu rechtfertigen, wenn sich im BGB. für die Isz. eine Ausnahmebestimmung fände. Diese fehlt aber.

---

[25] Bürgerl. Recht II, § 90 Nr. 3, 5.

[26] RGZ. 48, 293.

Noch ein Moment kann gegen die Dernburgsche Theorie angeführt werden. Die von Dernburg vertretene Ansicht widerspricht dem § 817, der nur einen Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung zuläßt, also deutlich auf die Verbindlichkeit als eine bestehende hinweist.

Diesen Widerspruch beseitigt Dernburg bequem und rasch dadurch, daß er ihn konstatiert und dann behauptet, daß die Bestimmung des § 138 als die prinzipielle und innerlich allein gerechtfertigte als maßgebend zu erachten ist (aaO.).

Auch die Theorie, daß Rechtsgeschäfte, deren Causa unsittlich ist, deswegen anfechtbar seien, kann aus dem BGB. nicht begründet werden. Für das gemeine Recht wurde vielfach behauptet, wenn und insoweit die abstrakten Geschäfte in der Offensive einer condictio, sie in der Defensive einer exceptio ausgesetzt seien.

„Aber der wesentlich weiter gehende, einer beschränkten Nichtigkeit angenäherte Anfechtbarkeitsbegriff des BGB. läßt sich schwerlich darauf anwenden. Nirgends erwähnt das Gesetz den Mangel der Causa als solchen als Anfechtungsgrund, es läßt ihn nur nach den Grundsätzen der condictio wirken."

Nach richtiger Ansicht also hängt die Ausstellung eines Isz. nur insofern von der Causa ab, als sie nur einen Bereicherungsanspruch zuläßt.

Hierin liegt gerade das verkehrsfreundliche Moment der von uns vertretenen Ansicht.

Die von Dernburg vertretene Theorie, ebenso die Theorie der Anfechtbarkeit, führen dazu, daß die Nichtigkeit der Causa als eine die Nichtigkeit der Ausstellung bewirkende Einrede jedem, auch dem redlichen, Dritterwerber nach § 796 entgegengehalten werden kann.

Nach der von uns vertretenen Ansicht aber begründet

die Nichtigkeit der Causa nur einen Bereicherungsanspruch, also nur einen persönlichen Anspruch, der gegen gutgläubige Dritte nicht geltend gemacht werden kann.

§ 8.

Anfechtbar ist die Ausstellung zunächst einmal wegen Irrtums unter den allgemeinen Voraussetzungen des § 119, sei es, daß der Aussteller bei der Ausstellung sich über deren Inhalt im Irrtum befand, sei es, daß er eine Ausstellungserklärung überhaupt nicht abgeben wollte.

Die Anfechtung ist nicht nur dem ersten Nehmer gegenüber, sondern auch gutgläubigen Dritterwerbern gegenüber zulässig, denn es handelt sich um einen Einwand gegen die Gültigkeit der Ausstellung, dieser ist nach § 796 unbeschränkt zulässig.

Von manchen wird die Anwendbarkeit des § 119 bei den Isz. überhaupt aus verkehrspolitischen Motiven ausgeschlossen, von anderen darauf beschränkt, daß der Erwerber beim Erwerbe den Willensmangel gekannt hat. Dies würde aber eine Ausnahme von den allgemeinen Anfechtungsprinzipien des BGB. darstellen, die aus dem Gesetz nicht belegt werden kann. Man kann sogar e contrario schließen, daß auch hier die allgemeinen Bestimmungen gelten. Denn wo dies nicht der Fall ist, hat das Gesetz ausdrücklich Ausnahmebestimmungen normiert. Ich verweise hier nur auf die Bestimmungen über den Kauf.

Mit Planck[27] ist zu betonen, daß eine Anfechtbarkeit aus § 119 nicht gegeben ist, wenn der Aussteller zwar den Charakter der Urkunden als Isz. kannte, aber irrtümlich glaubte, daß durch die Ausstellung eine Verpflichtung für ihn nicht begründet wäre.

Planck behauptet auch, daß ein die Anfechtbarkeit be-

[27] aaO. zu § 793 c.

gründender Irrtum dann nicht vorliege, wenn der Aussteller eine Skriptur unterschrieben hat, die er irrtümlicherweise nicht für ein Isz., sondern vielleicht für einen Brief, eine Quittung hielt.

M. E. befand sich in diesem Falle der Aussteller über den Inhalt seiner Erklärung im Irrtum. Er hat ja eine verpflichtende Erklärung nicht abgeben wollen. Wenn die übrigen Voraussetzungen des § 119 vorliegen, — dies wird man fast immer annehmen können — kann er anfechten.

Die Anfechtung der Ausstellungserklärung muß unverzüglich, das heißt ohne schuldhaftes Zögern, erfolgen. Schuldhaftes Zögern kann aber nicht angenommen werden, solange die Urkunde nicht im Verkehr ist, hier würde es ja auch an einem Anfechtungsgegner fehlen.

Anfechtungsgegner ist hier wie überhaupt für alle Anfechtungsfälle nach § 143 Abs. 4 jeder, der auf Grund der Ausstellung unmittelbar einen rechtlichen Vorteil verlangt hat.

Wer aber unmittelbar einen rechtlichen Vorteil durch die Ausstellung erlangt hat, unterliegt großen Zweifeln. Hellmann[28] und mit ihm viele andere sagen:

„Der anzufechtende Akt muß bereits alle Tatbestandsmerkmale für den Erwerb enthalten oder es darf doch nicht noch ein rechtsgeschäftliches Tatbestandsmoment ausstehen." Also nur derjenige sei auf Grund eines Rechtsgeschäfts unmittelbar berechtigt, der sein Recht ohne weiteren Rechtsakt direkt infolge der Vornahme des Rechtsgeschäfts erworben hat.

Hiernach wäre also eine Anfechtbarkeit der Ausstellung von Inhaberschuldzeichen überhaupt nicht durchführbar.

Ein Beispiel wird uns am besten die Konsequenz dieser Ansicht zeigen.

[28] Kritische Vierteljahrsschrift Bd. 44, S. 11.

A hat eine anfechtbare Ausstellung vorgenommen. Er begibt das Papier und will dann, von dem Anfechtungsgrund in Kenntnis gesetzt, die Ausstellung anfechten. Dies ist aber unmöglich, da ja der Inhaber sein Recht nicht aus der Ausstellung, sondern aus dem Begebungsvertrag, d. h. dem mit diesem verbundenen Eigentumserwerbsakt herleitet. Selbst wenn der Aussteller das Isz. verloren hat und der Finder dasselbe an sich nimmt, dürfte eine Anfechtung ausgeschlossen sein, da der anzufechtende Rechtsakt, die Ausstellung, noch nicht das Tatbestandsmerkmal für den Eigentumsübergang, den darauf gerichteten Willen des Finders, enthält.

Überhaupt dürfte kaum ein Fall denkbar sein, indem jemand unmittelbar auf Grund der Ausstellung einen rechtlichen Vorteil erlangt. Die vom Gesetz ausdrücklich zugelassene Anfechtung wäre also vollkommen illusorisch.

Planck (aaO.) hält für unmittelbar jeden Erwerb, der nicht erst durch den Zwischenerwerb eines Mittelmannes vermittelt wird.

Dieser Standpunkt, den auch Oertmann[29] vertritt, ist durchaus zu billigen. „Unmittelbar durch ein Rechtsgeschäft ist alles das erworben, was nicht zunächst, um in die Hände des Erwerbers zu gelangen, durch den Rechtskreis eines Dritten, des Mittlers, hindurchgehen mußte, während es nichts schadet, wenn der Erwerber z. B. noch eine rechtsgeschäftliche Handlung vornehmen muß, um den ihm durch das erste Geschäft ermöglichten Erwerb zu machen[30]."

Unmittelbarer Erwerb ist Ersterwerb im Gegensatz zum Zweiterwerb. Von diesem Standpunkt aus ist in den oben angegebenen Fällen eine Anfechtung möglich.

Wir gelangen also auf Grund dieser Ansicht zu einem

[29] Seufferts Bl. f. RA., Bd. 71, S. 280 ff.

[30] Ähnlich Cosack, Bürgerl. Recht § 53 II *l. c.* — Rehbein aaO. S. 200.

rechtspolitisch vollkommen befriedigenden Resultat. Das Anfechtungsrecht ist einerseits nicht dadurch illusorisch gemacht, daß es stets an einem Anfechtungsgegner fehlt, anderseits aber ist es auch im Interesse des Verkehrsschutzes nicht zu sehr ausgedehnt. Zu erwähnen ist noch, daß unter Umständen auch § 132 Abs. 2 hier zu verwerten ist.

A hat ein Isz., z. B. eine mit einer Nummer als Unterscheidungsmerkmal versehene Fahrkarte, ausgestellt. Die Ausstellung ist mit einem anfechtbaren Mangel behaftet. Die Fahrkarte ist ihm abhanden gekommen. Er weiß nicht, ob sie schon im Besitze irgend einer Person sich befindet.

Weiß er bestimmt, daß ein Dritter — etwa vom Hörensagen — das Isz. hat über dessen Person er sich im unklaren befindet, so hat erdie Anfechtungsmöglichkeit nach § 132 Abs. 2.

Weiß er aber nicht einmal, ob überhaupt schon jemand die Urkunde hat, so wird man ihn doch im Wege der Analogie die Anfechtungsmöglichkeit nach § 132 Abs. 2 gewähren [31].

§ 9.

Verwickelter gestaltet sich die Untersuchung, welche Wirkung Drohung (widerrechtliche Drohung) und arglistige Täuschung (hier der Kürze wegen Betrug genannt) bei der Ausstellung auf deren Gültigkeit hat.

Die Anfechtung der Ausstellung wegen Drohung kann unbeschränkt geltend gemacht werden. § 143 Abs. 4 gilt auch hier, die Frist bestimmt sich nach § 124.

Bei der Anfechtung einer Willenserklärung wegen Betrugs unterscheidet das Gesetz zwischen empfangsbedürftigen und nichtempfangsbedürftigen Willenserklärungen.

[31] Oertmann aaO. S. 287, Neumann aaO. § 143 Nr. 4, Planck aaO. § 143 Nr. 3.

Nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen sind allgemein anfechtbar ohne Rücksicht darauf, ob der Anfechtungsgegner vom Betrug Kenntnis hatte oder nicht. Demnach also ist die Ausstellung eines Isz. wegen arglistiger Täuschung allgemein zulässig. Der Inhaber eines durch Betrug entstandenen Isz. erscheint demnach der Anfechtung jederzeit schutzlos ausgesetzt.

Aus diesem Grunde behauptet Cosack[32], daß hier dem Gesetzeswortlaute die Folge zu versagen ist. Denn es wäre widersinnig, wenn die Ausstellung eines Isz., nur weil sie nicht empfangsbedürftig ist, in höherem Maße anfechtbar sein sollte, als z. B. die Begebung eines Rektapapiers. „Es bleibt uns also nur die Wahl, im Betrugsfall die Anfechtung der Ausstellung eines Inhaberpapieres entweder in gleicher Weise zu beschränken wie die Anfechtung eines empfangsbedürftigen Rechtsgeschäfts oder aber sie gänzlich auszuschließen. Wir ziehen das Letztere vor. Wer durch Betrug zur Ausstellung eines Inhaberpapieres bestimmt worden ist, hat zwar einen Einwand gegen jeden Gläubiger, der wider Treu und Glauben vom Papier Gebrauch macht, kann dagegen die Ausstellung des Papiers nicht anfechten." Planck[33] weist ausdrücklich darauf hin, daß die Bestimmung des § 123 Abs. 2 auf unseren Fall keine Anwendung findet, er befürwortet aber eine entsprechende Anwendung dieser Vorschrift dahin, daß die Anfechtung gegen den, der das Verfügungsrecht über die Urkunde erworben hat, nur dann stattfindet, wenn dieser beim Erwerb die Täuschung kannte oder kennen mußte.

Planck rechtfertigt seinen Vorschlag damit, daß nach dem Inhalte des Isz. selbst das Recht eines Dritten erst dann entstehen soll, wenn dieser das Verfügungsrecht über die Urkunde erworben hat.

---

[32] Bürgerl. Recht II, § 256 *l. c.*, S. 336.

[33] aaO.

Ennecerus[34] läßt die Anfechtung wegen Drohung jedem Inhaber gegenüber zu. Die Anfechtung wegen Betrugs gegenüber einem Dritten gibt er nur dann, wenn der Dritte die Täuschung kannte, kennen mußte oder selbst verübt hat.

Weil nämlich die Ifz., wenn sie auch tatsächlich nicht einer bestimmten Person gegenüber abgegeben werden, sich doch dem Erfolge nach an den jedesmaligen Inhaber und nur an diesen richten, so muß man sie in dieser Beziehung wie ein empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft behandeln[34a]. (sic!!) Wollte man die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung auch dem gutgläubigen Dritten gegenüber gestatten, so würden die Ifz. an Brauchbarkeit für den Verkehr erhebliche Einbuße erleiden.

Allein all diese Versuche, die Anfechtung der Ausstellung nach § 123 Absatz 2 zu rechtfertigen, sind gekünstelt. Sie entbehren auch durchgehends einer auch nur entfernt haltbaren Begründung. Schon aus diesem Grunde muß ihnen die Folge versagt werden. Über dies sind sie schon deshalb zu verwerfen, weil das durch sie herbeizuführende Resultat, Harmonie der Gesetzesbestimmung mit dem Verkehrsinteresse, vollkommen im Einklang mit dem Gesetz herbeigeführt werden kann, ja, eine notwendige Konsequenz der gesetzlichen Bestimmungen ist.

Anfechtungsgegner ist nach § 143 Abs. 4 (siehe oben) jeder, der auf Grund der Ausstellung unmittelbar einen rechtlichen Vorteil erlangt hat. Jedenfalls ist nun nicht der, dessen Recht aus dem Papier erst durch eine dritte Person vermittelt wird, der also kein Ersterwerber ist, Anfechtungsgegner.

Die Anfechtung beschränkt sich also auf recht wenig Fälle. Sie kann immer nur dem Ersterwerber gegenüber

[34] Das Bürgerl. Recht S. 798.

[34a] Ebenso Manigk aaO.

geltend gemacht werden. Und dieser wird ja regelmäßig entweder selbst der Betrüger oder doch wenigstens socius fraudis sein. Dies ergeben wohl praktische Erwägungen. Ja ich stehe nicht an, zu behaupten, daß eben mit Rücksicht darauf und auf den § 143 Abs. 4 das Gesetz die Unterscheidung des § 123 Abs. 2 normiert hat.

Daß der Aussteller neben der Anfechtung, vor allem aber dann, wenn diese nicht gegeben ist, einen Schadensersatzanspruch wegen unerlaubter Handlung hat, wird nirgends ernsthaft geleugnet[35].

Ebenso verhält es sich mit den Ansprüchen wegen ungerechtfertigter Bereicherung[36].

Zweifelhaft ist es, wann die im § 124 bestimmte einjährige Anfechtungsfrist bei den Isz. zu laufen beginnt. Läuft die Frist schon, so lange der Aussteller nicht weiß, ob schon ein Dritter die Urkunde im Besitz hat?

Befindet sich die Urkunde im Besitze des Ausstellers, so ist eine Anfechtung unnötig, da ja der Aussteller durch Vernichtung der Urkunde deren Wirksamkeit beseitigen kann. Ja in diesem Falle ist die Anfechtung sogar unmöglich, da es an einem Anfechtungsgegner fehlt, und dem Aussteller eine Anfechtung gegen sich selbst, etwa nach Analogie der Forderungspfändung im Zivilprozeß, zu versagen ist, da die dort maßgebenden Gründe hier nicht einschlagen.

Es ist aber der Fall denkbar, daß der Aussteller die Urkunde verloren, diese sich aber noch nicht im Besitze irgend einer Person befindet. Soll hier die Frist erst im Moment zu laufen beginnen, da die Urkunde in die Hände eines Dritten gelangt, oder schon dann, wenn der Aussteller von der Täuschung Kenntnis bekommt. Analog der oben Seite 32

---

[35] Staudinger aaO. zu § 123 VI.

[36] Staudinger aaO. zu § 123 VII für beide Fälle, ebenso Oertmann, Komm. zu 123.

getroffenen Entscheidung müssen wir hier die Frist von dem Moment an laufen lassen, da der Aussteller den Betrug erfährt.

§ 10.

So entsteht also das Isz. wirksam durch die Ausstellung.

Mit der rechtsgültigen Ausstellung aber, wie schon oben erwähnt, ist die Verpflichtung des Ausstellers noch nicht entstanden, der Schuldner ist lediglich erst festgestellt. Zur Entstehung eines Schuldverhältnisses bedarf es noch des Gläubigers. Bis dahin aber ist das Isz. „wirksam", d. h. die Verpflichtung des Ausstellers kann weiterhin ohne sein Mitwirken eintreten.

Diese Verpflichtung tritt einmal in den Fällen des § 794 ein. Ich verweise hier auf Seite 16.

Regelmäßig aber wird nun das Schuldverhältnis durch die Begebung entstehen, d. h. dadurch, daß der Aussteller das Isz. einem anderen übergibt und beide darüber einig sind, daß das Eigentum am Papier und mit ihm das Recht aus dem Papier dem Nehmer zustehen soll. Dieser kann dann das Papier in derselben Weise weiter geben, so kann es in das Eigentum beliebig vieler Personen übergehen.

Früher, namentlich vor dem BGB., hat man vielfach über das juristische Wesen dieses Rechtsübergangs gestritten. Manche nahmen eine novatio, wieder andere eine eigentümlich gestaltete cessio an.

Allein in neuerer Zeit stimmt man fast allgemein darüber überein, daß die Rechte des Nachmannes von denen des Vormannes vollkommen unabhängig sind. Der Erwerber erwirbt das Recht so, wie es im Isz. verbrieft ist, ohne Rücksicht darauf, in welchem Umfange es seinem Vormann zugestanden.

Von einer Zession kann schon um deswillen nicht mehr die Rede sein, weil ja § 796 ausdrücklich bestimmt, daß nur solche Einreden zulässig sind, die dem jeweiligen Inhaber entgegenstehen. Die Einreden aus dem Rechte der der Vormänner sind also ähnlich wie beim Wechsel dem Aussteller vollkommen versagt. Dies aber widerstreitet dem Wesen der Zession. § 404 folgende. Ferner erwirbt ja auch der nachfolgende Inhaber hat das Recht, obwohl es vielleicht dem Vormann gar nicht zugestanden hatte.

Ebenso fällt auch die Konstruktion, daß die erste Begebung ein Vertrag zu Gunsten Dritter, nämlich all derer sei, die später einmal Inhaber des Isz. werden, in sich zusammen.

Von einer Übertragung im eigentlichen Sinne kann man also nicht sprechen, es findet lediglich ein Wechsel in der Person des Inhabers statt, d. h. der Person, an die der Aussteller mit befreiender Wirkung leisten kann.

Die Motive (II s. 395) sagen: Der Inhaber hat ein selbständiges, von dem Forderungsrecht seiner Vormänner nicht abgeleitetes Forderungsrecht auf Bewirkung der Leistung.

Während die Ausstellung für jedes Isz. ein einziges Mal erfolgt, wiederholt sich der Eigentumserwerb an ihm. Und immer entsteht ein neues Gläubigerrecht. Nur für den Eigentumserwerb durch Erbfolge gilt eine Ausnahme. Der Erbe setzt die Rechtspersönlichkeit des Erblassers unverändert fort, er erlangt also kein neues Gläubigerrecht, sondern tritt als Rechtsnachfolger in die Rechtslage des Erblassers ein, also auch in das Eigentum des Erblassers am Papier und in die Gläubigerschaft aus dem Papier.

Regelmäßig aber erfolgt der Gläubigerwechsel durch den Begebungsvertrag. Die beiden Kontrahenten sind sich darüber einig, daß das Eigentum am Papier und mit ihm das Recht aus dem Papier übergehen soll. Mit der Über-

gabe oder deren Surrogaten findet dann der Gläubigerwechsel statt.

Da also die Rechte der einzelnen Inhaber inhaltlich vollkommen unabhängig sind und das Recht aus dem Papier auch erworben wird, wenn der Vormann es gar nicht hatte, werden die Mängel eines Begebungsvertrages dadurch vollkommen für die Verpflichtung des Ausstellers zur Leistung unerheblich, daß ein Nachmann das Recht erwirbt. Ihm steht das Recht zu, wie es im Isz. verbrieft ist, ihm muß also auch der Aussteller entsprechend leisten. Zu untersuchen wäre also nur, inwieweit die Mängel des letzten Begebungsvertrages vom Aussteller geltend gemacht werden können.

Es sei schon hier bemerkt, daß Gläubiger aus dem Isz. der Eigentümer oder ein ihm gleichstehender Verfügungsberechtigter ist, daß aber der Inhaber zur Leistung legitimiert ist, wenn nicht der Aussteller den Nachweis der Nichtberechtigung erbringt. Endemann[37] behauptet nun, der Aussteller dürfe die Verfügungsberechtigung des Inhabers bestreiten, mit der Behauptung, der Inhaber habe die Urkunde z. B. durch Betrug erlangt.

Sicherlich kann in diesem Falle der Vormann des Inhabers den Begebungsvertrag anfechten.. Solange er aber von seinem Rechte keinen Gebrauch macht, bleibt der Inhaber verfügungsberechtigter Eigentümer.

Kann nun der Aussteller, der vom Inhaber in Anspruch genommen wird, den Einwand bringen, daß dieser das Papier durch Betrug erlangt hat?

Wir müssen diese Frage im Gegensatz zu Endemann verneinen.

Richtig ist, daß der Umstand, daß der Inhaber das Isz. durch Betrug erlangt hat, Anfechtbarkeit des der Erlangung zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfts bewirkt. Das

[37] Lehrbuch Bürgerl. Rechts § 196 2 *a*, Anmerkung 26.

anfechtbare Rechtsgeschäft aber ist rechtlich wirksam und bleibt es, solange nicht die Anfechtung erfolgreich durchgeführt ist. Solange also bleibt auch der Inhaber verfügungsberechtigt.

Die Entscheidung, ob das Rechtsgeschäft angefochten und dadurch der bisher Verfügungsberechtigte zum Nichtberechtigten gemacht werden soll, steht nur dem Getäuschten zu, niemals einem Dritten.

Der Aussteller also kann, wenn er nicht selbst getäuscht worden ist, die Verfügungsberechtigung des Präsentanten weder anfechten noch im Wege der Einrede bestreiten. Er würde ja sonst das Recht eines Dritten geltend machen. Dazu aber fehlt ihm die Berechtigung[38].

Dies war auch der Wille des Gesetzgebers. (Prot. II Seite 528/533.) Jacobi[39] nennt dieses Resultat unbefriedigend, da der Schuldner auch an den zu zahlen genöti.gt werde, der durch Betrug oder Drohungen das Papiereigentum erlangt hätte. Er gibt deshalb dem Schuldner solange ein Leistungsverweigerungsrecht, als dem früheren Inhaber das Recht zusteht, die Übertragung anzufechten. Allein dieser aus einem etwas subtilen Rechtsgefühl heraus vertretenen Auffassung kann nicht beigestimmt werden. Der Eigentümer ist eben forderungsberechtigt, solange das der Übertragung zu Grunde liegende Rechtsgeschäft nicht angefochten ist. Leistet nun der Aussteller nicht, so muß er eben die Folgen tragen.

§ 11.

Wer ist Gläubiger aus den Ifz.?

§ 793 sagt: ... so kann der Inhaber von ihm die Leistung ... verlangen, es sei denn, daß er zur Verfügung

[38] Ähnlich Riezler aaO., Planck zu § 793, Anm. 3 *b*, Oertmann Anm. 3 zu § 793.

[39] Jacobi I, S. 63.

über die Urkunde nicht berechtigt ist. Der Aussteller wird jedoch auch durch die Leistung an einen nicht zur Verfügung berechtigten Inhaber befreit.

Auf den ersten Blick also scheint der Inhaber forderungsberechtigter Gläubiger zu sein.

Allein der Ausdruck „dem Inhaber" darf nicht zu der Meinung verleiten, als ob das Gesetz die Rechte aus dem Isz. lediglich an die Tatsache des Besitzes der Urkunde knüpfen will.

Das Gesetz geht vielmehr von der dem Rechtsgefühl allein entsprechenden Auffassung aus, daß das Forderungsrecht nicht an den Besitz des Papieres, sondern an das Recht am Papiere geknüpft ist, daß also die Gläubigerrechte grundsätzlich nur dem Eigentümer des Papieres zustehen.

Die Funktion des Besitzes als solchen hat nur legitimierende Wirkung. Sie beruht auf deutschrechtlicher Grundlage.

Der Begriff der Legitimation ist nicht gesetzestechnisch, also bestritten.

Jacobi[40] gibt eine recht vorsichtige Definition dieses Begriffes: Wer sich auf gewisse, objektiv vorhandene Tatsachen, nämlich in diesem Falle die Existenz des Papieres, die Innehabung und die Präsentation stützt, Tatsachen, die äußerlich in die Erscheinung treten und aus denen zwar der Berechtigte noch nicht zwingend gefolgert werden kann, die aber nach Maßgabe des objektiven Rechts bewirken, daß der Inhaber bis zum Beweise des Gegenteils als Berechtigter gilt, ist legitimiert[41].

Diese Definition ist für die legitimierende Wirkung der Isz. durchaus haltbar.

Inhaber ist derjenige, der die Urkunde tatsächlich inne-

[40] Jacobi I, S. 93.

[41] Ähnlich Brunner bei Endemann II, S. 211.

hatte, der das physische Vermögen ausschließlicher tatsächlicher Herrschaftsausübung hat. Der Begriff der Innehabung ist keineswegs identisch mit dem des Besitzes, er entspricht vielmehr dem strafrechtlichen Begriff Gewahrsam. Die Innehabung ist „der Wille, eine Sache, die in den Bereich unserer tatsächlichen Herrschaft eingetreten und daraus noch nicht geschieden, in ihm zu behalten[42].

Es ergibt sich also eine scharfe Scheidung zwischen dem juristischen Begriff des Besitzes und dem der Innehabung. Die Innehabung umfaßt zunächst einmal einen Fall, der nicht unter Besitz fällt, nämlich den des Besitzdieners. § 855 BGB. Dagegen scheiden hier die Fälle des mittelbaren Besitzes aus. § 868.

Der Aussteller des Isz. will, wie aus dem Wortlaut des § 807 klar hervorgeht, dem Inhaber zu einer Leistung verpflichtet sein. Er will also seine Leistungspflicht lediglich auf die rein äußerliche Tatsache der Innehabung abstellen. Dies hat zwei wichtige Konsequenzen. Einmal kann der Inhaber vom Aussteller die Leistung verlangen, ohne einen anderen Nachweis seines Rechtes als den der Innehabung bringen zu müssen. Dann aber ist der Aussteller berechtigt, an jeden Inhaber des Isz., gleichviel ob dieser aus der Urkunde berechtigt ist oder nicht, mit befreiender Wirkung zu leisten. Für ihn gilt die tatsächliche Innehabung als Legitimation.

Die Verknüpfung des Moments der Innehabung mit dem Recht auf die Leistung und der Pflicht zur Leistung ist also in beider Interesse.

Der Inhaber kann die Leistung beanspruchen, ohne darlegen zu müssen, wie er das Papier erworben hat. Der Aussteller ist berechtigt an den Inhaber zu leisten, ohne

[42] Binding Strafrecht II, S. 286.

untersuchen zu müssen, wie dieser das Papier an sich gebracht hat.

Daraus folgt aber nicht, daß jeder Inhaber Gläubiger sein muß.

Nur bis zum Beweise des Gegenteils gilt der Inhaber als verfügungsberechtigt und ist andererseits der Aussteller befugt, den Inhaber als verfügungsberechtigt anzusehen, also insbesondere an ihn zu leisten.

§ 793 läßt deutlich erkennen, daß der Inhaber nicht verfügungsberechtigt ist. Dies bringt deutlich der Satz „es sei denn, daß er zur Verfügung über die Urkunde nicht berechtigt ist" zum Ausdruck. Das Gesetzbuch hat an dieser Stelle mit Absicht die Hauptsache durch den Nebensatz, die Nebensache durch den Hauptsatz ausgedrückt, um mit dieser Satzstellung wie auch sonst die Beweislast zu regeln. Es ist ja eine fast allgemein anerkannte Tatsache, daß stets derjenige, welcher sich auf den in dem Satze „es sei denn ..." ausgedrückten Inhalt berufen will, diesen auch beweisen muß. In unserm Falle kann sich, wenn der Inhaber auf Grund der Innehabung die Leistung verlangt, naturgemäß nur der Aussteller auf den Mangel der Verfügungsberechtigung berufen. Also muß er diesen auch beweisen. Hätte das Gesetz den Wortlaut gewählt, ohne durch ihn die Beweislast regeln zu wollen, so hätte es sagen müssen: Gläubiger ist der Verfügungsberechtigte. Aber auch der Inhaber kann die Leistung verlangen, so lange ihm der Aussteller nicht den Beweis mangelnder Verfügungsberechtigung bringt.

Daß sich das Gesetz als Leistungsberechtigten nur den Verfügungsberechtigten denkt, geht klar aus § 793 Satz 2 hervor.

Nach den allgemeinen Grundsätzen wird der Schuldner durch die Leistung nur befreit, wenn diese an den Berechtigten geschieht. § 793 Satz 2 bildet nun eine Ausnahme dieses

Prinzips. Auch die Leistung an einen Nichtverfügungsberechtigten befreit den Schuldner. Halten wir diese Ausnahme mit der Regel zusammen, so folgt, daß leistungsberechtigt, also Gläubiger, nur der Verfügungsberechtigte ist.

Die Innehabung also legitimiert den Inhaber nur zur Empfangnahme der Leistung. Sie bewirkt, daß der Inhaber solange berechtigt erscheint, bis der Aussteller das Gegenteil beweist. Hätte das Gesetz den Eigentümer schlechthin als Gläubiger bezeichnet, so hätte der Innhaber immer den Beweis bringen müssen, daß er Gläubiger sei. Denn diese Tatsache wäre klagebegründend. So aber hat der Aussteller den Beweis der mangelnden Verfügungsberechtigung zu führen. Er hat die Behauptungs- und Beweislast, daß der Inhaber nicht verfügungsberechtigt sei, während dieser nur die Innehabung behaupten und beweisen muß.

Mißlingt dem Aussteller der Beweis der mangelnden Verfügungsberechtigung, so gerät er in Verzug.

Ebenso gerät der Aussteller in Verzug, wenn er die Leistung verweigert, bis ihm ein Nachweis der Verfügungsberechtigung erbracht ist.

Deshalb kann der Aussteller auch an jeden Inhaber mit befreiender Wirkung leisten. Er hat keineswegs die Pflicht, die Verfügungsberechtigung des Inhabers nachzuprüfen. Für ihn gilt die Innehabung als genügende Legitimation, die Leistung zu bewirken. Auch die Leistung an einen nicht verfügungsberechtigten Inhaber befreit ihn. § 793 Satz 2. Aus der Regelung der Beweislast folgt auch, daß der Aussteller jederzeit an den Inhaber leisten kann, auch wenn er an dessen Verfügungsrecht zweifelt. Denn mißlingt ihm der oft schwierige Beweis, so hat er die Folgen des Verzuges zu tragen. Dies kann man ihm aber gerade mit Rücksicht auf die Absichten, die er bei der Ausstellung des Isz. verfolgt, nicht zumuten.

In der zweiten Kommission waren Anträge einge-

gangen, den Schutz des Eigentümers zu erweitern, insbesondere eine Leistungsverweigerungspflicht des Ausstellers unter gewissen normierten Voraussetzungen anzuerkennen. Als zu weit gehend war dieser Antrag abgelehnt worden mit der Begründung, eine solche Leistungsverweigerung nur nach den allgemeinen Grundsätzen des BGB. zuzulassen (s. u.).

Der Inhaber „erscheint“[43] also als berechtigt, ohne daß der Aussteller die Legitimation nachzuprüfen befugt oder verpflichtet ist, er hat deshalb auch keinen weiteren Beweis seines Rechtes zu erbringen.

„Inhaberschaft“[44] des Papiers gilt prima vista als genügende Substantiierung für das augenblickliche Recht am Papier[45].

Allerdings ist auch oft in der Wissenschaft der Standpunkt vertreten worden, daß der Inhaber Gläubiger sei.

So betrachtet Stobbe[46] den Besitzer als Gläubiger aus dem Papier. Sein Standpunkt ist eine Folge der von ihm vertretenen irrtümlichen Auffassung des Begriffes Gläubiger. Denn er versteht unter Gläubiger diejenige Person, an welche der Schuldner verpflichtet und berechtigt ist, zu zahlen. Daß diese Auffassung zu weitgehend ist, geht schon daraus hervor, daß nach Stobbe auch der Vertreter als Gläubiger anzusehen wäre.

Auch das ROHG.[47] betrachtet den Inhaber als Gläubiger: „durch die Ausstellung der Schuldurkunde gibt der Aussteller unzweideutig zu erkennen, daß er sich jedem Inhaber ohne Rücksicht auf den Grund seiner Innehabung

[43] Oertmann aaO. zu 793.

[44] Oertmann aaO. Vorbemerkung zu 793.

[45] Vergl. Jacobi I, S. 35 u. 40, Unger aaO. S. 128, Brunner bei Endemann II, S. 211, Cosack Gerber, Bürgl. Recht II, S. 237, S. 260.

[46] Deutsches Privatrecht III, 205.

[47] ROHG. 17, 159.

oder auf seinen Besitz- oder Erwerbstitel verpflichten, daß er den jedesmaligen faktischen Besitzer des Papiers als seinen Gläubiger anerkennen will.

Im Gegensatz dazu sagt Thöl[48]: ist der Vindikant der Gläubiger, und das wird er doch sein sollen, so ist der Besitzer eben doch nicht Gläubiger.

§ 12.

Aus dem letzten Paragraph folgt also:

1. Der Inhaber ist legitimiert, die Leistung zu verlangen,

2. er ist aber nicht Gläubiger. Gläubiger ist vielmehr nur der Verfügungsberechtigte,

3. der Aussteller muß an den Inhaber leisten oder den Nachweis bringen, daß der Inhaber nicht verfügungsberechtigt ist,

4. der Aussteller hat weder das Recht noch die Pflicht, zu prüfen, ob der Inhaber verfügunngsberechtigt ist,

5. der Aussteller wird auch durch Leistung an einen Nichtverfügungsberechtigten befreit.

Nehmen wir nun an, der Aussteller weiß bestimmt, daß der präsentierende Inhaber nicht verfügungsberechtigt ist.

Darf er in diesem Falle die Leistung verweigern?

Muß er in diesem Falle die Leistung verweigern?

Gierke[49] sagt hierüber: um des Verkehrs willen eingeführt, soll die Legitimation jedoch nur dem redlichen Verkehr dienen. Sie versagt, wo die Berufung auf sie den Anforderungen von Treu und Glauben widerspräche. Darum ist der Aussteller zur Verweigerung der Leistung an den

[48] Handelsrecht S. 681 Not. 6.

[49] Gierke aaO. 161/173.

Inhaber berechtigt, falls er ihm nachweisen kann, daß er das Recht unbefugterweise geltend macht.

Planck[50], der diese Frage ausführlich behandelt, kommt zum Schluß, daß der Aussteller auch an einen wissentlich nicht Berechtigten leisten dürfe mit Ausnahme von einigen Fällen. Einmal dürfe er dann nicht leisten, wenn er durch die Leistung an den Inhaber den Tatbestand der Begünstigung erfüllt, dann sei er schadenersatzpflichtig. § 823 Abs. 2 BGB., § 257 StGB.

Sicherlich! Denn eine Leistung in diesem Falle würde ja sogar eine strafbare Handlung begründen.

Planck erkennt ferner eine Haftung an, wenn der Tatbestand der §§ 226, 826 BGB. vorliegt.

In allen übrigen Fällen könnte der Aussteller auch an einen wissentlich nicht berechtigten Inhaber leisten. Dies erfordere schon der Zweck, den das Gesetzbuch bei Regelung des Rechts unserer Papiere verfolgt habe: Glatte und einfache Abwicklung der Schuldverhältnisse. Dieser Zweck sei schon dann gefährdet, wenn die an einen Inhaber zu erfolgende Leistung schon deshalb unwirksam sei, weil der Aussteller bei der Leistung die Nichtverfügungsberechtigung kannte. Die Rücksicht auf Treu und Glauben erfordere eine solche Haftung nicht, da ja der Verfügungsberechtigte weiß, daß der Aussteller auch jedem Inhaber leisten darf. Deshalb müsse er besondere Sorgfalt bei der Aufbewahrung dieser Papiere anwenden.

M. E. hat der Aussteller unbedingt ein Recht, die Leistung an den nichtberechtigten Inhaber dann zu verweigern, wenn er diese Nichtberechtigung leicht und einwandfrei beweisen kann, so daß ihn nicht die Verzugsfolgen treffen.

Die Bestimmung des § 793 Satz 2 ist nur im Inter-

[50] aaO. zu 793 3 c.

esse des Ausstellers getroffen. Sie bildet ein Äquivalent dafür, daß der Aussteller nur auf eigene Gefahr die Berechtigung des Inhabers bestreiten darf. Weiß aber der Aussteller bestimmt, daß der Inhaber nicht verfügungsberechtigt ist, kann er dies auch leicht beweisen, so treffen ihn die Nachteile des Verzuges nicht. Der Inhaber ist dann erwießenermaßen nicht verfügungsberechtigt, damit verliert die legitimierende Wirkung der Innehabung ihre Kraft, denn die Nichtberechtigung des Inhabers steht fest. Der Inhaber ist nicht Gläubiger, damit entfällt für den Aussteller die Wohltat des § 793 Satz 2, er wird durch die Leistung nicht befreit, er muß also auch das Recht haben, die Leistung in diesem Falle zu verweigern.

Manche bekämpfen dies Resultat, da der Aussteller nicht nur eine Pflicht, sondern auch ein Recht zur Leistung an den Inhaber habe. Allein diese Behauptung widerspricht der Tendenz des § 793 Satz 2.

„Wollte man sich, wie Oertmann hervorhebt[51], darauf versteifen, daß der Aussteller nicht nur eine Pflicht, sondern auch ein Recht habe zur Leistung an den Inhaber, so würde man ihm damit das Recht zugestehen, ein Recht auszuüben, nur in der Absicht, einem andern zu schaden. Deshalb erfordert auch das Prinzip von Treu und Glauben, daß der Aussteller in diesem Falle eine Leistungsverweigerungspflicht hat. § 226.

Dies ist auch im wesentlichen die Konsequenz, zu der die von Planck vertretene Ansicht führt.

In allen anderen Fällen, in denen der Aussteller wohl weiß, daß der Inhaber nicht verfügungsberechtigt ist, in denen er dies aber nicht beweisen kann, kann er mit befreiender Wirkung an den Inhaber leisten. Hier verfolgt ja die Leistung den Zweck, die Verzugsfolgen abzuwenden.

Im Einklang mit diesen Ausführungen hebt Gierke[52] hervor, daß bloßes Wissen nicht genügt, daß es vielmehr erforderlich ist, daß der Aussteller keine ihm nach den Umständen nicht zuzumutende Gefahr läuft. Kenntnis davon, daß das Papier dem Berechtigten abhanden gekommen ist, ist natürlich noch keine Kenntnis von der Nichtberechtigung des Präsentanten.

Zu einem im wesentlichen gleichen Resultat kommen Cosack-Gerber, Brunner, Crome, Ennecerus[53], [54]. Diese erkennen eine Pflicht zur Leistungsverweigerung dann an, wenn durch die Leistung gegen § 826 BGB. verstoßen wird. Damit wird die Frage der Leistungsverweigerungspflicht darauf abgestellt, ob durch die Leistung gegen die guten Sitten verstoßen wird. Dies wird immer dann der Fall sein, wenn der Aussteller nach der von uns vertretenen Ansicht eine Leistungsverweigerungspflicht hat.

Dasselbe will offenbar Jacobi[55] sagen. Er erwähnt ausdrücklich, daß die Frage, ob jemand gegen die guten Sitten bei der Leistung verstößt, immer von Fall zu Fall unter Würdigung aller Umstände zu entscheiden sei, besonders sei zu erwägen, daß der Schuldner, der die Berechtigung des Legitimierten bestreiten will, immer die volle Behauptungs- und Beweislast hat.

Einen sehr interessanten Fall bringt Jacobi[56], in dem der Schuldner leisten darf, auch wenn er die Nichtverfügungsberechtigung des Inhabers leicht beweisen kann.

Ein nichtverfügungsberechtigter Inhaber präsentiert

[52] Gierke aaO. S. 173.

[53] Cosack-Gerber aaO. § 237, Brunner b. E. II, S. 211, Anmerkung 3 *a*, Crome aaO. § 311, Anm. 2, Ennecerus aaO. I, § 340.

[54] Vergl. Jacobi I, S. 64, Kuhlenbeck aaO. Erläuterung 1 zu 793, Dernburg aaO. II, 149.

[55] Jacobi aaO. I.

[56] Jacobi aaO. I, S. 65.

das Papier zur Leistung. Der Aussteller kennt den Mangel, macht vom Hervortreten des Inhabers dem Eigentümer Anzeige. Dieser schweigt, schießt auch weder die Prozeßkosten vor noch leistet er deswegen Sicherheit. Hier kann der Aussteller an den Inhaber leisten, weil er annehmen darf, daß der wirklich Berechtigte die Leistung genehmigt.

Leistet der Aussteller aber in einem Falle, in dem er eine Leistungsverweigerungspflicht hat, trotzdem, so kann diese Leistung (s. o.) nicht als eine ihn befreiende anerkannt werden. Die Leistung ist dem wirklich Berechtigten gegenüber unwirksam, deshalb hat auch der wirklich Berechtigte das Recht, das Isz. vom Aussteller zu vindizieren (s. u.). Nach erfolgter Vindikation muß dann der Aussteller wieder an den Inhaber leisten.

§ 13.

Der Aussteller muß und darf also unter gewissen Voraussetzungen an einen nichtverfügungsberechtigten Inhaber nicht leisten.

Muß und darf der Aussteller an einen nicht *verfügungsfähigen* Inhaber leisten? Soll die legitimierende Wirkung der Innehabung so stark sein, daß sie selbst die Mängel der *Verfügungsfähigkeit* konsumiert? Wird der Aussteller auch durch Leistung an einen geschäftsunfähigen oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Inhaber frei?

Gierke läßt auch in diesem Falle den Aussteller mit befreiender Wirkung leisten.

Diese Ansicht ist falsch, wird auch von Oertmann[57] bekämpft. Es ist zunächst darauf hinzuweisen, daß der völlig geschäftsunfähige wie der in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Inhaber nicht zu den Personen zu rechnen sind,

[57] DJZ. 1904, S. 1127 ff.

die im Sinne des § 793 nicht verfügungsberechtigt sind. Das Gesetz trennt ja überall die Verfügungsberechtigung scharf von der Verfügungsfähigkeit. So erstreckt sich der Schutz des guten Glaubens im Sachenrecht nur auf den Mangel der Verfügungsberechtigung, nicht auch auf den der Verfügungsfähigkeit. Glaubt jemand, von einem Eigentümer zu erwerben, so erwirbt er Eigentum, auch wenn sein Kontrahent nicht Eigentümer war. Hingegen geht kein Eigentum über, wenn jemand von einem Geschäftsfähigen zu erwerben glaubt, es aber in Wirklichkeit mit einem Geschäftsunfähigen oder in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten zu tun hatte[58]. Deshalb kann die Vorschrift des § 793 Abs. 1 Satz 2 nicht als Beweis für die Behauptung herangezogen werden, daß der Aussteller auch durch Leistung an einen Geschäftsunfähigen befreit werde.

Da das Gesetz über die Einwirkung der mangelnden Verfügungsfähigkeit bei den Inhaberschuldverschreibungen, also entsprechend bei den Jfz., keine besonderen Normen aufgestellt hat, sind die allgemeinen Regeln anzuwenden.

Die Erfüllung der dem Aussteller aus den Jfz. ob liegenden Verpflichtung geschieht durch Leistung.

Es wird nun von vielen Seiten behauptet, daß die Erfüllung selbst wieder ein Vertrag, also ein Rechtsgeschäft sei, der auf die Beseitigung des eigentlichen Schuldverhältnisses gerichtet ist. (Liberationsvertrag.) Dieser Vertrag hätte die Eigentümlichkeit, daß ihn an Stelle des eigentlichen Schuldners jeder Dritte schließen könne. § 237 BGB. Allein diese Ansicht ist veraltet. Die Erfüllung an sich ist nicht notwendigerweise ein Rechtsgeschäft, sie ist es häufig, ja fast regelmäßig.

Wie Oertmann[59] sagt, „beruht die Wirkung der Er-

[58] Ebenso Oertmann, Komm. Aufl. 2, anders Oertmann DJZ. aaO., vergl. auch Goldmann-Lilienthal.

[59] Schuldrecht bei Goeschen I, S. 111.

füllung nicht auf einem Willens-, sondern immer auf einem Zweckmoment, auf der bloßen Tatsache, daß der Zweck des Schuldverhältnisses durch den Leistungsakt erledigt sei". Ergibt sich der Erfüllungszweck aus der Leistung selbst, so genügt diese Tatsache, um die Erfüllung wirksam zu gestalten. Liegt dies nicht vor, so muß allerdings der Schuldner durch eine rechtsgeschäftliche Erklärung den Erfüllungszweck angeben, z. B. im Falle des § 366 BGB.

Gerade aus diesem Paragraph ist, wie Binder[60] betont, zu folgern, daß die Erfüllung nicht immer eine rechtsgeschäftliche Zweckbestimmung voraussetzt.

Mit der Erfüllung selbst ist also kein rechtsgeschäftlicher Charakter verbunden, mag auch die besondere Art der vorzunehmenden Leistung im einzelnen ein Rechtsgeschäft, einen Vertrag, notwendig machen.

Es ergibt sich also daraus, daß auch ein Geisteskranker sehr wohl rechtsgültig erfüllen kann.

Also ist die Leistung aus einem Isz. nicht schon um deswillen nichtig, weil der Präsentant geschäftsunfähig, also nicht in der Lage ist, ein Rechtsgeschäft wirksam vorzunehmen.

Wir können also sagen: In allen den Fällen, in denen die Erfüllung keinen rechtsgeschäftlichen Charakter hat („nichtempfangsbedürftige Leistung"), befreit sie den Aussteller, auch wenn sie an einen Geschäftsunfähigen erfolgt, überall da, wo die Erfüllung eine rechtsgeschäftliche Erklärung zur Voraussetzung hat („empfangsbedürftige Leistung"), kann sie den Aussteller nicht befreien.

Unter denselben Gesichtspunkten ist auch die Leistung aus einem Isz. an einen beschränkt Geschäftsfähigen unter Anwendung der allgemeinen Regeln über die beschränkte Geschäftsfähigkeit zu beurteilen.

---

[60] Praktikum des bürgl. Rechts, WS. 1908/9.

Die von Gierke vertretene Ansicht ist deswegen irrig, weil sie zur Verfügungsberechtigung auch die Verfügungsfähigkeit zählt, während doch beide Begriffe scharf zu trennen sind.

Planck[61] erkennt dies wohl an, und wendet sich auch gegen die Ansichten, die hier die Verfügungsberechtigung im weiteren Sinne auffassen. Im Interesse des den Vorschriften über Inhaberpapiere überhaupt zu Grunde liegenden Gedankens aber glaubt er diese Bedenken außer Acht lassen zu dürfen und die ausstellerfreundlichen Vorschriften über die Verfügungsberechtigung analog anwenden zu müssen.

Meist wohl ist der Inhalt des Schuldverhältnisses beim Isz. auf ein dare gerichtet, sodaß sich die Leistung in Form eines Vertrages vollzieht, mindestens aber so, daß der Empfangende eine Willenserklärung abgeben muß.

Im Übrigen gelten die allgemeinen Vorschriften, insbesondere bleibt die Anwendbarkeit der §§ 812 ff. BGB. unberührt.

Daß Gierke[62] den Aussteller unter allen Umständen auch durch Leistung an einen Geschäftsunfähigen befreit werden läßt, ist eine notwendige Folge seiner Ansicht. Er behauptet ja, daß der Aussteller nicht die Pflicht habe, an den Inhaber zu leisten. Er dürfe nicht fragen, ob der Inhaber wirklicher Gläubiger, ob er Vertreter des Gläubigers sei oder auf Grund welchen Rechts überhaupt er das Forderungsrecht geltend mache usw. ... Ja selbst durch Leistung an einen geschäftsunfähigen Präsentanten würde der Aussteller befreit, denn er sei ja gar nicht verpflichtet, die Legitimation des Inhabers zu prüfen. Wenn es auch ausgeschlossen sei, daß der völlig Geschäftsunfähige als Ver-

[61] aaO. zu 793 f.
[62] aaO. S. 84.

treter oder mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters das Papier präsentiere, so könne er doch als Bote handeln. Dies nachzuprüfen sei aber der Aussteller nicht verpflichtet. (sic!)

Aus der von uns vertretenen Ansicht folgt selbstverständlich, daß der Aussteller in den Fällen, in denen er durch die Leistung nicht befreit wird, ein Leistungsverweigerungsrecht hat. Denn wenn er durch die Leistung an einen Geschäftsunfähigen nicht befreit wird, kann ihm nicht zugemutet werden, an diesen zu leisten. Er wäre stets der Vindikation und nach deren erfolgreicher Durchführung einer nochmaligen Leistungspflicht schutzlos ausgesetzt. Wenn er auch wegen der ersten Leistung einen Bereicherungsanspruch hat, so wäre doch seine Rechtslage verschlechtert. Sich einer solchen Situation auszusetzen, kann eben schlechterdings dem Aussteller nicht zugemutet werden.

§ 14.

Der Inhaber ist also bis zum Beweise des Gegenteils nur legitimiert, nicht berechtigt, die Leistung zu verlangen.

Berechtigt, die Leistung zu verlangen, ist vielmehr nur der Verfügungsberechtigte (s. o. S. 44).

Dies wird regelmäßig der Eigentümer sein. Aber auch andere Personen kommen als Verfügungsberechtigte in Betracht. (s. u.)

Für das frühere Recht (s. o. S. 44) war es zweifelhaft, wer denn eigentlich Gläubiger aus den Isz. sei. Dernburg[63] behauptet: Gläubiger ist der gutgläubige Besitzer.

[63] Deutsches Privatrecht II, 222.

Thöl[64] läßt den Inhaber schlechthin als Gläubiger gelten.

Gerade seine Ausführungen erscheinen aufs erste sehr plausibel.

Er wendet sich gegen die damals schon, namentlich von v. Savigny, vertretene Eigentumstheorie. Denn da die Urkunde regelmäßig nicht als Wertstück für sich in Betracht kommt, sondern lediglich um der Forderung willen da ist, müsse diese selbst vom Eigentum an der Urkunde unabhängig sein. Es wäre gegen den Geist unseres Rechtsinstituts, den Übergang des obligatorischen Vermögensstoffes an die juristischen Bedingnisse eines anderen Rechts und zwar eines Rechtes an dem dienenden Gegenstand zu knüpfen. Das Corpus des Papieres sei es, welches verwendet wird, als Vehikel zu dienen. Für den beschränkenden Bezug der Obligation auf das Eigentum an jenem corpus fehle es an jedwedem positiven Grunde.

Gerber[65]: auch ist der Besitzer nicht bloß der vermutete Gläubiger, denn der Besitz des Papiers, einerlei wie er erworben wurde, ist der Zustand, der den Gläubiger bestimmen soll.

Anders Cosack-Gerber[66]: Das im Inhaberpapier verbriefte Recht steht nach dem regelmäßigen Wortlaut jedem Inhaber, Überbringer des Papiers zu. Indes ist dies nach Auffassung des Verkehrs nicht wörtlich zu nehmen. Berechtigt ist vielmehr nicht jeder Inhaber, sondern nur der, dem das Verfügungsrecht über das Papier zusteht. Wer also das Papier durch nichtigen Vertrag oder bösgläubig erworben hat, ist obwohl er das Papier in Händen hat, nicht Gläubiger aus dem Papier.

Schon die Entstehungsgeschichte des § 793 BGB. ist

[64] Handelsrecht § 54 *c*, S. 227.
[65] aaO. S. 268.
[66] aaO. § 237.

ein Beweis dafür, daß Gläubiger aus den Ifz. nur der Eigentümer ist oder wer sonst zur Verfügung über die Urkunde berechtigt ist. (Der Einfachheit wegen und weil er es in den meisten Fällen auch sein wird, wollen wir den Verfügungsberechtigten „Eigentümer" nennen, in der Voraussetzung, daß dieser Ausdruck cum grano salis verstanden wird.) Die erste Kommission (Motive II, 697) wollte noch den Wortlaut des Papieres entscheiden lassen und demgemäß den Besitzer, wobei natürlich an den Inhaber gedacht war, zum Gläubiger aus der Urkunde machen. Dem Diebe, der das Papier dem früheren Inhaber gestohlen, stände also in seinem Prozesse gegen den Papierschuldner nicht der Einwand des Diebstahls entgegen, selbst wenn dafür der Beweis erbracht werden könnte, da der Aussteller daran, an wen er zu leisten habe, nach der Natur der auf Inhaber lautenden Urkunden kein Interesse habe.

Diese Auffassung, daß der Inhaber ohne Rücksicht auf das Recht an der Urkunde Gläubiger sei, hat die zweite Kommission verworfen, da es dem gesunden Rechtsgefühl widerspreche, daß auch der Dieb durch den Diebstahl ein Forderungsrecht erwerben könnte. (Prot. II, 529.)

Nach den Protokollen (II, 531) soll das Gläubigerrecht grundsätzlich nur dem Eigentümer zustehen.

Dieser Gedanke wurde Gesetz. Die prima vista eine andere Deutung zulassende Ausdrucksweise des Gesetzes ist bereits oben erklärt worden.

Gläubiger ist also der Verfügungsberechtigte.

Zur Verfügung über die Urkunde sind aber nicht nur jeder Eigentümer des Papieres und alle die, denen kraft dinglichen Rechtes die Verfügung über das Papier zusteht, berechtigt, sondern auch die, welche zur Vertretung eines solchen Berechtigten kraft Gesetzes oder Rechtsgeschäfts (Vollmacht) befugt sind. Wir nennen z. B. den Pfand-

gläubiger als dinglich Berechtigten, ferner den Inkassobevollmächtigten als durch Rechtsgeschäft Befugten.

Mit Rücksicht auf § 1077, 1082 BGB. aber gehört der Nießbraucher nicht hierher.

Zu betonen ist auch, daß dem Eigentümer unter Umständen die Verfügungsbefugnis fehlen kann, z. B. wenn über sein Vermögen der Konkurs eröffnet worden ist (§ 6 KO.).

In erster Linie ist also der Eigentümer der Urkunde verfügungsberechtigt. Eigentümer ist jeder, der nach sachenrechtlichen Grundsätzen Eigentum am Papier erworben hat.

Wir haben hier einen prima vista merkwürdigen Vorgang.

Die Forderung ist da. Sie soll verkörpert werden. Dazu bedient man sich eines Stoffes. Die Forderung ist also die Hauptsache. Man sollte also annehmen, daß das Eigentum am Papier als nebensächlich nicht beachtet wird, die Übertragung nach forderungsrechtlichen Grundsätzen erfolgt, ähnlich wie z. B. bei § 952 Abs. 1.

Allein hier gilt der Grundsatz: Das Recht aus dem Papier folgt dem Recht am Papier, Forderung und Sacheigentum sind eine Sache geworden, sie werden also nach sachenrechtlichen Grundsätzen behandelt.

Aus begreiflichen Gründen! Das Recht kann, nachdem es einmal dem Sachstoffe einverleibt worden ist, nicht mehr ohne das körperliche Substrat geltend gemacht werden, es tritt im Rechtsleben ohne das Papier nicht mehr in die Erscheinung. Es ist deshalb, um schwierige rechtliche Komplikationen zu vermeiden, die bei dem meistens in Frage stehenden geringen Vermögenswert und bei dem den Isz. zu Grunde liegenden Gedanken um so bedenklicher erscheinen, unbedingt erforderlich, dafür Sorge zu tragen, daß das „Eigentum" an der Forderung und das Eigentum am Papier nicht auseinander fallen.

Das Gesetz bestimmt ja auch, daß der, der das Recht aus dem Papier geltend machen will, der also als Gläubiger auftritt, sich im Besitze des Papieres befinden muß. Es würde nun zu ungeheuren Unzuträglichkeiten führen, wenn das Sacheigentum und die Gläubigerschaft der Forderung auseinanderfallen würden, niemand könnte sicher sein, ob der Präsentant wirklicher Gläubiger der Forderung sei.

Hier mußte ein Ausweg gesucht werden. Diesen fand das Gesetz darin, daß es dem Papierstoff, den es sonst als körperliche Sache im Verhältnis zur Bedeutung des verbrieften Rechtes ignoriert, wieder zur Geltung verhalf, indem es das Isz. als Sache ansieht und behandelt. Was war auch natürlicher, als das Recht der Gläubigerschaft an das Eigentum am Papier zu knüpfen, da ja der Gläubiger der verbrieften Leistung diese nie verwerten kann, wenn er nicht auch das Papier inne hat. So kann er als Gläubiger jederzeit das Papier präsentieren und die Leistung verlangen. Er ist nicht etwa darauf angewiesen, daß ihm der Papiereigentümer das Papier zeitweilig aus Gefälligkeit zur Ausübung des Forderungsrechtes überläßt. Im Eigentumsübertragungsvertrag wird auch die Übertragung des Rechtes gesehen.

Wie hätte sonst das Gesetz die Bestimmung treffen können, daß nur der innehabende Eigentümer Gläubiger ist.

Einer besonderen Abtretung des Rechtes aus dem Papier bedarf es neben der sachenrechtlichen Übertragung nicht, ja mit Rücksicht auf das Wesen und den Entstehungsakt der Isz. ist dafür auch kein Raum. Der Erwerber ist ja nicht Nachmann seines Vorgängers, sondern hat die Rechte aus dem Papier als dessen Eigentümer aus eigenem Rechte[67].

[67] Oertmann aaO. Vorbemerkung zu 793.

Der Eigentumserwerb am Isz. richtet sich also im allgemeinen nach sachenrechtlichen Grundsätzen, da die Isz. als Inhaberpapiere wie Sachen behandelt werden. Vergl. die §§ 1006, 1007, 1293, 1362, 1381, 1646. („Insbesondere.")

Vor allem gelten auch hier die Vorschriften zum Schutze des guten Glaubens, ja sie gelten in erhöhtem Maße, denn für unsere Isz. gelten auch die Vorschriften der §§ 935, Abs. 2, 1006 Satz 2, 1007 Abs. 2, Satz 2. Der Erwerber eines Isz. wird immer dann Eigentümer, wenn er gutgläubig ist, und sein Vormann sich durch den Besitz des Papiers als Verfügungsberechtigter legitimiert hat. Ob die Isz. dann im einzelnen dem Eigentümer gestohlen worden sind oder sonst auf eine bei den anderen Sachen keinen Eigentumserwerb zulassende Weise in den Verkehr gelangten, ist unerheblich.

Auch Dernburg[68] vertritt die Ansicht, daß die Isz. unter § 935 Abs. 2 fallen, während Biermann[69] der gegenteiligen Ansicht ist.

Allein da diese Gesetzesbestimmung nur von Inhaberpapieren schlechthin spricht, unsere Isz. aber Inhaberpapiere sind, wäre der Grund dieser Ausnahmebestimmungen nicht einzusehen. Im Gegenteil: Die Bestimmung rechtfertigt sich aus dem Wesen der Isz. heraus von selbst.

Offenbar sieht Biermann in den Isz. keine Inhaberpapiere.

Ausdrücklich möge hier erwähnt werden, daß der Schutz des guten Glaubens sich nicht auch auf die mangelnde Verfügungsfähigkeit bezieht. (s. o.) Weder nach bürgerl. Recht noch nach Handelsrecht kann die mangelnde Verfügungsfähigkeit des Veräußerers durch den guten Glauben

[68] Sachenrecht 284.

[69] Komm. in Sachenrecht § 935, 3.

des Erwerbers ersetzt werden. War der Veräußerer geistes-krank, so erwirbt er nicht.

In gutem Glauben ist der Erwerber nach § 932 Abs. 2 BGB., wenn ihm beim Erwerbe weder bekannt, noch infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt war, daß die Sache nicht dem Veräußerer gehört hat.

Jacobi[70] folgert hieraus, daß der gute Glaube auch dann nicht vorhanden ist, wenn der Erwerber wußte, daß der Veräußerer nicht der Eigentümer war, aber ihn zur Verfügung über das Papier für den Eigentümer für befugt hielt, etwa weil er glaubte, daß jener als Pfandgläubiger, Vormund, Bevollmächtigter, Handlungsagent, Kommissionär des Eigentümers zur Veräußerung befugt wäre.

Diese Ansicht ist richtig. Der Schutz des § 932 bezieht sich eben nur auf den Fall, daß der Erwerber den Veräußerer für den Eigentümer hielt. Andere Mängel werden nicht geschützt. Die Redlichkeit des Erwerbers deckt den Mangel eines dem Veräußerer an der veräußerten Sache zustehenden dinglichen Rechtes, nicht aber auch andere, insbesondere im Schuldverhältnis liegende.

Hält also z. B. A den Veräußerer B für den Vertreter, obwohl dieser es in Wirklichkeit nicht ist, so erwirbt er kein Eigentum. Hält aber A. den Vertreter B, etwa weil dieser so auftritt, für den Eigentümer, so würde er Eigentum erwerben.

Zur Anwendbarkeit der Vorschriften über den Schutz des guten Glaubens ist es vollkommen gleichgültig, daß ein früherer Vormann nicht verfügungsberechtigt war, und dieser Umstand dem Erwerber bekannt ist. Dieser erwirbt ja stets das Recht so, wie es im Ifz. verbrieft ist, ohne Rücksicht darauf, in welchem Umfange es dem Vormanne zustand. Deshalb erwirbt ein zwischen dem Vormann und dem jetzigen Erwerber sich einschiebender Inhaber das Recht

[70] aaO. I.

wieder in vollem Umfange, ebenso auch der jetzige Erwerber. Die Gutgläubigkeit beim Erwerbe muß sich also nur auf die Rechte des letzten Vormannes erstrecken. Es genügt, daß der Erwerber annimmt, sein Vormann habe in gutem Glauben, d. h. im Vertrauen auf die Verfügungberechtigung seines Vormannes das Isz. erworben, denn dann hätte ja der Vormann Eigentum erworben.

Es ist bestritten, worauf sich der gute Glaube bei gestohlenen, verlorenen oder sonst ohne den Willen des Ausstellers in den Verkehr gelangten Isz. zu erstrecken hat.

Tritt zu den obenerwähnten Voraussetzungen der Gutgläubigkeit noch das Erfordernis, daß der Erwerber annimmt, die Isz. seien redlicherweise in den Verkehr gekommen, oder genügt es, daß er seinen Vormann schlechthin für verfügungsberechtigt hält.

Staub[71] erstreckt den Begriff der Gutgläubigkeit auch auf diesen Punkt.

Jacobi[72] dagegen sieht von diesem Erfordernis ab, nach ihm ist der gute Glaube beim Erwerb von gestohlenen, ... Isz. auch dann vorhanden, wenn der Erwerber den Vormann für den Eigentümer halten durfte, möge auch im einzelnen er gewußt haben, daß die Isz. dem Aussteller gestohlen waren.

Auch hierin müssen wir Jacobi beistimmen.

Regelmäßig kann an gestohlenen, verlorenen oder sonst abhanden gekommenen Sachen kein Eigentum erworben werden. Deswegen muß auch regelmäßig beim Erwerb von Sachen die Gutgläubigkeit des Erwerbers sich darauf erstrecken, daß die Sachen redlicherweise in den Verkehr gelangt sind, denn sonst ist ja an ihnen, außer durch Ersitzung ein Eigentumserwerb ausgeschlossen.

[71] Komm. zum HGB. Anm. 22 zu § 366.
[72] aaO. I, S. 69.

Bei den Inhaberpapieren, also auch bei den Isz. (dies gilt übrigens entsprechend auch für Geld und Sachen, die im Wege öffentlicher Versteigerung veräußert werden) ist es aber gleichgültig, wie sie in den Verkehr gelangt sind. Selbst wenn sie dem Aussteller gestohlen worden sind, ist ein Eigentumserwerb an ihnen sehr wohl denkbar. Deswegen ist es für die Gutgläubigkeit des Erwerbers vollkommen gleichgültig, ob er den Umstand kennt, daß die Isz. unredlich in den Verkehr gelangt sind. Sofern nur einer seiner Zwischenmänner gutgläubig war, erwirbt ja auch er Eigentum, ja er erwirbt selbst dann Eigentum, wenn er seinen Vormann für den Eigentümer hielt.

Wann im einzelnen er den Veräußerer für den Eigentümer halten darf, ist quaestio facti.

Es wäre hier zu untersuchen, inwieweit die einzelnen Sätze des Mobiliarsachenrechts hier anwendbar, inwieweit sie zu motivieren sind.

§ 937 BGB. ist anwendbar, ebenso die Rechtsätze über Okkupation und Fund. Allein insbesondere die Rechtssätze über die Ersitzung werden mit Rücksicht auf die durch die Isz. verbrieften, meist recht kurzlebigen Rechte selten zur Anwendung kommen.

Der Fall des § 946 ist undenkbar. Die Anwendbarkeit des § 947 bildet keine Schwierigkeiten.

Anders steht es mit § 950.

Ein bekannter Meister hat in einer Laune auf der Rückseite eines Theaterbillets, das einem Freunde gehört, eine überaus wertvolle Skizze entworfen. Hiermit erwirbt er Eigentum am Papierstoff und somit auch Gläubigerrechte hinsichtlich der im Billet verbrieften Forderung, da ja Sacheigentum und Forderungsrecht untrennbar als eine einheitliche Sache gedacht und behandelt werden. Das Recht des früheren Eigentümer ist also auch hinsichtlich der Forderung erloschen.

Jacobi allerdings behauptet, daß hier das Recht am Papier und das Recht aus dem Papier ihre eigenen Wege gehen. Der Maler erwirbt zwar Eigentum am Papier, aber er wird nicht Gläubiger aus dem Papier.

Dadurch entsteht eine bedenkliche Interessenkollision. Der Berechtigte hat als solcher ein Recht auf den Besitz des Isz. um sein Recht geltend machen zu können, anderseits aber ist er verpflichtet, dem Eigentümer das Isz. herauszugeben. Gerade die für den Gesetzgeber bei der Annahme der Eigentumstheorie maßgebend gewesenen Erwägungen würden hier nicht beachtet. Jacobi konstruiert, um über diese Bedenken hinwegzukommen, hier einen Anspruch gegen den Verarbeiter auf Überlassung des Papiers zur Rechtsausübung. Dieser Anspruch soll ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung sein.

Folgerichtig hat im Einklang mit 935 Abs. 2, § 1003 Abs. 1 Satz 2 bestimmt, daß auch bei gestohlenen Inhaberpapieren ... die Vermutung des § 1006 Abs. 1 Satz 1 gilt, ferner daß die Vorschrift des § 1007 Abs. 2 Satz 1 keine Anwendung findet.

Eine Verpfändung eines Isz. ist wohl praktisch selten, sie ist aber denkbar.

Die rechtsgeschäftliche Bestellung des Pfandrechts richtet sich nach den allgemeinen Regeln des Fahrnispfandrechts § 1293. Regelmäßig wird also zur Pfandbestellung Übergabe des Isz. und ein Pfandvertrag notwendig sein. Besonders empfehlenswert wird mit Rücksicht auf die legitimierende Wirkung der Innehabung eine Verpfändung nach § 1203 BGB. sein. Daß bei der Verpfändung von Isz. auch die Vorschriften über den Schutz des guten Glaubens gelten, dürfte ziemlich selbstverständlich sein. Selbst wenn die Pfandbestellung von einem Nichtberechtigten

[72a] aaO. S. 105.

ausgeht, erlangt der gutgläubige Pfandgläubiger ein gültiges Pfandrecht.

Eigenartig ist die Befriedigung des Pfandgläubigers beim Isz. Der Pfandgläubiger hat ein doppeltes Pfandrecht, ein Forderungs- und ein Sachenpfandrecht. Er kann sich also dadurch befriedigen, daß er kraft seines Forderungspfandrechts die im Papier verkörperte Forderung einzieht, aber auch dadurch, daß er kraft seines Sachpfandrechtes das Isz. verkauft. Für dieses Verkaufsrecht gelten wieder die allgemeinen Regeln des Fahrnispfandrechts.

Auch ein Nießbrauch kann nach den allgemeinen Regeln über den Fahrnisnießbrauch bestellt werden. Besonders wichtig ist die Bestimmung des § 1081 Abs. 1. Ist ein Isz. eine verbrauchbare Sache im Sinne des § 92 BGB., — dies wird regelmäßig der Fall sein —, so wird der Nießbraucher Eigentümer. § 1067.

§ 15.

Forderungsberechtigt ist also der Verfügungsberechtigte, regelmäßig der Eigentümer. Allein nicht jeder Eigentümer kann aber die Forderung verlangen, sondern nur der innehabende Eigentümer. Das Isz. ist ein Präsentationspapier, es muß also vorgezeigt werden, wenn das in ihm verbriefte Recht geltend gemacht werden soll. Der Aussteller will ja nur dem Inhaber zur Leistung verpflichtet sein. Der Eigentümer, der das Papier nicht besitzt, kann also sein Recht nicht geltend machen.

Ist z. B. das Inhaberpapier überhaupt untergegangen, so ist damit auch dem Gläubiger die Möglichkeit genommen, die Leistung zu verlangen.

Zutreffend weist Oertmann[73] darauf hin, daß der

[73] aaO. Vorbemerkung zu 793.

Berechtigte nicht nur die Leistung erst verlangen kann gegen Vorzeigung und Aushändigung der Urkunde, sondern sich zu diesem Zwecke beim Schuldner einfinden, die Urkunde präsentieren muß. Dies sei auch ganz natürlich, da sich bei der lockeren Verknüpfung des Rechtes mit der Person des Berechtigten der jeweilige Gläubiger erst zur Leistungszeit als ein solcher gewissermaßen vorstellen muß.

Der Aussteller kann sich auch durch Leistung an eine Person, die er zwar als Gläubiger kennt, die aber das Papier nicht besitzt, wirksam nicht befreien. Es besteht ja die Möglichkeit, daß der tatsächliche Inhaber die Leistung noch einmal fordert, ohne daß ihm der Aussteller sofort den Beweis der Nichtberechtigung erbringen kann. Die Verpflichtung aus dem Isz. geht eben, wie wir unten sehen werden, nicht schon durch Leistung unter.

Bedauerlicherweise, aber aus der Verkehrstendenz unserer Isz. heraus verständlich, kann der Eigentümer, der nicht zugleich Inhaber der Urkunde ist, nicht etwa eine Zahlungssperre erwirken und dann die Urkunde für kraftlos erklären lassen. Die Vorschriften des § 799 finden nämlich auf die Isz. keine Anwendung. Dies geht schon daraus hervor, daß § 799 im § 807 nicht unter den Paragraphen aufgezählt ist, die für anwendbar erklärt worden sind.

Praktisch wäre wohl auch ein solches Verfahren nicht durchführbar. Wie wir gesehen haben, entbehren die Isz. meist der einfachsten Unterscheidungsmerkmale. Es wird deshalb dem Antragsteller nicht möglich sein, die nach § 1007 Ziffer 1 ZPO. erforderlichen Angaben zu machen.

§ 16.

Bei der Leistung sind noch folgende Momente beachtenswert:

Erstens eine Leistungszeit wird wohl in den meisten

Fällen im Ifz. nicht angegeben sein. Deshalb werden zunächst die Umstände für die Entscheidung dieser Frage heranzuziehen sein. Ergeben auch diese nichts für die Entscheidung der Frage, so gilt der Satz:

Quod sine die debetur, statim debetur. Der Gläubiger kann die Leistung also sofort verlangen, der Schuldner sie sofort bewirken. Die Vorschrift des § 271 Abs. 2 (diei adjectio pro reo) ist mit aller Vorsicht anzuwenden. Sie wird wohl meist, das Gesetz will sie ja auch nur im Zweifel gelten lassen, nicht zur Anwendung kommen. Ich verweise auf den hier relevanten Fall der Theatervorstellung.

2. Ebensowenig wird in den wenigsten Fällen im Ifz. eine Bestimmung über den Leistungsort getroffen sein. Es muß also aus der Natur des Schuldverhältnisses auf einen Leistungsort geschlossen werden. Dies ist nicht schwer. Die Ifz. sind Präsentationspapiere. Der Gläubiger, der also die Leistung verlangen will, muß sich zur Leistungszeit zum Schuldner begeben. Bei der Theatervorstellung z. B. wird sich also der Gläubiger in das Etablissement begeben müssen, er kann nicht verlangen, daß der Direktor mit seinem ganzen Personal an einer dem Gläubiger genehmen Stelle die Leistung bewirkt, d. h. die Vorstellung gibt.

Die im Ifz. verbriefte Schuld ist eine Holschuld[74]. Ob der Gläubiger seiner Präsentationspflicht schon dadurch genügt, daß er das Ifz. dem Schuldner übersendet, möchte ich bezweifeln. Mit Rücksicht auf die Ausführungen in § 15. Der Schuldner wird also dann nicht in Verzug kommen, wenn der Gläubiger das Ifz. sendet, sich aber nicht selbst beim Schuldner einfindet. § 270 Abs. 1 findet keine Anwendung.

[74] Planck aaO. Anm. 4 *a* zu 793. Brunner bei Endemann II, S. 156.

§ 17.

Der Aussteller ist nur gegen Aushändigung der Urkunde zu leisten verpflichtet. Mit der Aushändigung erwirbt er das Eigentum an der Urkunde, auch wenn der Inhaber zur Verfügung über sie nicht berechtigt ist. Dieser Paragraph findet seine Rechtfertigung in der Bestimmung des § 793, nämlich darin, daß der Inhaber die Leistung zu fordern legitimiert ist, und der Aussteller auch durch Leistung an einen nicht verfügungsberechtigten Inhaber befreit wird. Diese Bestimmung würde nämlich vollkommen in der Luft hängen, wenn sie nicht durch § 797 sinngemäß ergänzt werden würde.

Der Aussteller wird auch durch Leistung an einen nichtverfügungsberechtigten Inhaber befreit und hat das Recht, Aushändigung der Urkunde zu verlangen. Ja, er braucht nur gegen Aushändigung der Urkunde zu leisten, Leistung und Aushändigung haben also Zug um Zug zu erfolgen. Hätte der Aussteller das Recht, Aushändigung zu verlangen, nicht, so wäre er der Gefahr ausgesetzt, dem Inhaber der Urkunde noch einmal leisten zu müssen. Durch die Leistung ist ja seine Verpflichtung nicht untergegangen. Durch Begebung des Papiers kann ein Gutgläubiger wiederum Eigentum und somit die Berechtigung erwerben, die im Papier verbriefte Leistung zu fordern. So müßte der Aussteller unter Umständen wiederholt leisten.

Würde aber der Aussteller nur das Recht haben, Aushändigung der Urkunde ohne die erweiternde Bestimmung des § 797 Satz 2 zu verlangen, so wäre seine Rechtslage sehr bedenklich. Der wirkliche Eigentümer der Urkunde könnte gegen ihn zunächst den Vindikationsprozeß anstrengen, also die Herausgabe des Jfz. verlangen und dann die Leistung nochmals erwirken.

Diese Gründe waren auch für die Kommission bei der Aufnahme des § 797 in das BGB. maßgebend gewesen.

Ursprünglich lautete der § 688 Satz 2 des ersten Entwurfes: Er (der Aussteller) ist berechtigt, nicht allein auf der ausgehändigten Urkunde zu vermerken, daß die Leistung erfolgt und die Urkunde kraftlos geworden sei, sondern auch die letztere zu vernichten. Hierzu war der Antrag gestellt, die Bestimmung umzufassen (Protokolle II 540) in: Durch die von der Verpflichtung zur Leistung befreiende Einlösung der Urkunde erwirbt der Aussteller das Eigentum derselben.

Als Begründung für die Annahme dieses Antrages führen die Motive aus, daß auf diese Weise der Aussteller an der eingelösten Urkunde Eigentum erwerben soll, „damit nicht ein Dritter das Papier nachträglich vindizieren könne". Dieser Antrag ist in seinem ersten Teil nicht vollkommen richtig. Er ging deshalb in dieser Beziehung verändert, aber den gesetzlichen Eigentumsübergang normierend in das BGB. über.

Der Schuldner nämlich, der das Papier ausgehändigt hat, wird nicht endgültig von der Verpflichtung zur Leistung befreit, sondern nur solange er die Urkunde in Händen hat. Diese Befreiung von der Leistung und dieser Eigentumsübergang tritt selbst dann ein, wenn der Inhaber zur Verfügung nicht berechtigt war, auch wenn er Eigentum nicht übertragen wollte. (E. II 722, 726 Satz 2)[75].

§ 797 normiert also einen Eigentumsübergang ex lege. Hier ist kein Einigungsvertrag erforderlich. Der Aussteller erwirbt selbst dann Eigentum an der Urkunde, wenn der Präsentant gar kein Eigentum übertragen will. Ist der Präsentant, der Eigentum übertragen will, nicht verfügungsberechtigt, der Aussteller aber in gutem Glauben, so ist ja

[75] Cosack-Gerber aaO. § 237.

schon nach den allgemeinen Grundsätzen Eigentum übergegangen.

Erwirbt der Aussteller selbst dann Eigentum am Papier, wenn er die Nichtberechtigung des Ausstellers kannte, auch beweisen konnte, aber trotzdem leistete?

Diese Frage hängt aufs engste mit dem oben erörterten Thema des Leistungsverweigerungsrechts zusammen.

Goldmann-Lilienthal[76] behaupten, daß der Aussteller stets auch durch Leistung an einen nichtverfügungsberechtigten Inhaber befreit wird und mit der Aushändigung Eigentum erwirbt. Die hierin liegende Abweichung von § 932 BGB. sei durch die Natur der Urkunden bedingt. Nur die Möglichkeit, Schadenersatz zu verlangen, bliebe in diesem Falle dem Geschädigten.

Planck[77] kommt in Konsequenz mit seinen in der verwandten Frage vertretenen Standpunkt zu derselben Ansicht.

Oertmann[78] leugnet den Eigentumserwerb, da diesem die §§ 932, 935 BGB. entgegenstehen.

M. E. mit Recht.

Überall da, wo die Leistung des Ausstellers keine befreiende Wirkung hat, wo der Aussteller ein Leistungsverweigerungsrecht hat, kann er kein Eigentum an der Urkunde erwerben, wenn er trotz dieser Sachlage geleistet hat. Einmal steht dem § 932 entgegen, denn immerhin ist zum Eigentumserwerb doch erforderlich, daß der Aussteller sich in gutem Glauben befindet. Der Begriff des guten Glaubens muß ja hier mit Rücksicht darauf, daß der Aussteller, also der Schuldner, auch dem Inhaber leisten kann, obwohl er weiß, daß dieser nicht Gläubiger ist, motiviert werden. Der Schuldner befindet sich nur dann nicht in gutem Glauben,

[76] aaO. S. 852.

[77] aaO. Bemerk. 4 zu § 797.

[78] aaO. Bemerk. 2 zu § 797, ferner Staudinger, Bemerk. 2 zu 797, Crome aaO. § 311, Anm. 40.

wenn er die Nichtverfügungsberechtigung kannte und auch nachzuweisen imstande ist. Auch die Zweckbestimmung des § 797 Satz 2 deutet darauf hin, daß in dem hier behandelten Falle kein Eigentum übergeht.

§ 797 Satz 2 ist deshalb eingefügt, um den Aussteller, der rechtswirksam an einen nichtverfügungsberechtigten Inhaber geleistet und das Isz. ausgehändigt erhalten hat, gegen die Vindikation des Berechtigten zu schützen und vor allem dagegen, nochmals leisten zu müssen. Da in in unserem Falle aber der Aussteller rechtswirksam nicht geleistet hat, ist für die Schutzbestimmung des § 797 Satz 2 kein Raum.

Ebenso liegt die Sache, wenn der Präsentant nicht verfügungsfähig ist.

Wer die Verfügungsberechtigung in weiterem Sinne auffaßt, darunter auch die Verfügungsfähigkeit rechnet und dementsprechend den Aussteller auch durch Leistung an einen Nichtverfügungsfähigen befreit werden läßt, muß natürlich auch Eigentumswechsel annehmen.

Bei Teilleistungen, diese sind ja an sich auch bei den Isz. denkbar, kann der Aussteller nicht Aushändigung des Papiers verlangen, da ja sonst niemand mehr zur Einziehung der Forderung legitimiert wäre.

Es ist deshalb ein Ausweg zu suchen, damit der Aussteller nicht nochmals die ganze Leistung bewirken muß. Dieser ist darin zu finden, daß der Aussteller das Recht hat, einen entsprechenden Vermerk auf die Urkunde zu setzen. Macht dann der Inhaber trotzdem die ganze Forderung geltend, so hat der Aussteller eine Einwendung gemäß § 796, da ja aus der Urkunde selbst hervorgeht, daß nicht mehr die ganze Leistung geschuldet wird[79].

Jacobi[80] führt einen Fall an, in dem der Aussteller,

[79] Vergl. Oertmann Bemerk. 3 zu 797, ebenso Staudinger.
[80] aaO. I, S. 232.

obwohl er nicht geleistet hat, Aushändigung der Urkunde verlangen kann nach den Grundsätzen über die ungerechtfertigte Bereicherung.

„Sind ferner Tatbestände vorhanden, die das verbriefte Recht nach den dieses beherrschenden Regeln zur Erlöschung bringen müssen, ohne daß das Papier dem Schuldner ausgehändigt wird, so hat dieser einen Anspruch auf Aushändigung des Papiers."

Mit der Aushändigung erwirbt also der Aussteller abgesehen von den oben erwähnten, verhältnismäßig seltenen Fällen Eigentum an dem Ifz. Es geht in den Besitz des Ausstellers über und wird damit in denselben Zustand zurückversetzt, in dem es sich unmittelbar nach vollendeter Ausstellung befand.

Kuntze[81] behauptet, damit sei das Forderungsrecht endgültig erloschen.

Diese Ansicht ist aber falsch. Wäre sie richtig, so wäre die Kreationstheorie in ihrer Bedeutung bedeutend abgeschwächt. Vor allem aber wäre diese Ansicht mit dem sonst von Kuntze so betonten „Verkehrsgedanken" schlechterdings unvereinbar.

Auch den Vorschriften des BGB. entspricht diese Ansicht nicht. Warum soll der gutgläubige Erwerber eines Ifz., das zum zweiten Male ohne den Willen des Ausstellers in den Verkehr gelangt ist, weniger geschützt werden, als der, welcher das Ifz. bei seinem ersten Umlaufe erwarb. Gerade die Kreationstheorie will doch den gutgläubigen Erwerber auf jeden Fall schützen.

Das Recht aus den Ifz. erlischt nicht schon durch Bewirkung der darin verbrieften Leistung, anderseits bedarf es zur Erlöschung der Verpflichtung nicht immer der Leistung.

[81] aaO. S. 325.

Schon die Vorarbeiten zum BGB. lassen dies deutlich erkennen. Zu § 688 des ersten Entwurfes war der Antrag gestellt worden, einen Satz einzufügen: durch die von der Verpflichtung zur Leistung befreiende Einlösung ... Dieser Wortlaut wurde aber ausdrücklich mit Rücksicht darauf abgelehnt, daß nicht schon durch die Einlösung die Verpflichtung erlischt.

Wie bereits oben erwähnt[82], bedarf es zur Erlöschung der Verpflichtung aus den Isz. nicht immer der Leistung. Wir denken hier an den Fall, daß das Isz. untergeht. Der Gläubiger ist also nicht mehr in der Lage, das Isz. zu präsentieren. Dies ist aber zur Geltendmachung der Leistung erforderlich, da ja der Aussteller nicht wissen kann, daß die Urkunde tatsächlich untergegangen ist. Der Inhaber kann sein Recht nicht geltend machen, es ist tatsächlich untergegangen.

Dieser Fall scheint ähnlich dem der Verjährung zu sein. Und doch ist er anders. Die Verjährung bringt ja das Recht tatsächlich nicht zum Erlöschen. Dies zeigt sich deutlich im Prozeß. Während der Gläubiger einer verjährten Forderung diese jederzeit einklagen kann, der Schuldner ihm den Einwand der Verjährung entgegensetzen muß, hat der Gläubiger der im untergegangenen Isz. verbrieften Forderung nicht einmal die Möglichkeit, zu klagen. Die Tatsache der Innehabung ist klagbegründend, muß also vom Gläubiger bewiesen werden. Ja, man kann sogar sagen, die Innehabung ist zur Aktivlegitimation des Gläubigers erforderlich.

Jacobi[83] sagt für unseren Fall, daß nicht das Recht selbst untergegangen sei, sondern das einzige Legitimationsmittel, das zur Rechtsausübung notwendig war. Beim Un-

[82] S. 70.
[83] aaO. II, S. 17.

tergang bleibt der letzte Eigentümer Berechtigter, ist aber in der Rechtsausübung gehindert. Für die Praxis ist diese Divergenz vollkommen bedeutungslos, da beide Ansichten praktisch zu demselben Resultat kommen. An sich wäre es ja wohl denkbar, daß der Gläubiger eines untergegangenen Isz. zunächst das Aufgebotsverfahren beantragt und nach erfolgter Durchführung gemäß § 800 BGB. vom Schuldner die Ausstellung eines neuen verlangt. Dieser Weg ist aber ungangbar[84].

Fassen wir zusammen: das Isz. ist verloren gegangen. Es ist rechtlich eine Sache. Recht und Sacheigentum sind eine Sache. Diese Sache ist untergegangen, mit ihr das Recht.

Wird das Isz. dem Aussteller übergeben, so ruht zunächst, solange es sich im Besitze des Ausstellers befindet, die Verpflichtung. Das Forderungsrecht ist nicht untergegangen, es kann nur nicht geltend gemacht werden, da Gläubiger- und Schuldnereigenschaft in einer Person zusammen treffen.

Kommt das Isz. auf irgend eine Weise aus der tatsächlichen Herrschaft des Ausstellers, so lebt damit das alte Recht wieder auf. Es gelten dann all die früheren Rechtsätze, wie wenn das Papier noch nie im Verkehr gewesen wäre. Keinesfalls also bedarf es einer Handlung des Ausstellers, die darauf schließen läßt, daß er auch weiter zur Leistung verpflichtet sein will. Von dem Moment der vollendeten Ausstellung an verkörpert das Papier die Forderung so lange, bis die Urkunde untergeht oder sonstwie einen gegenteiligen Willen des Ausstellers erkennen läßt.

Bekker[85] sagt: im Papier selbst lebt die alte Causa fort, aus der die Obligation zuerst hervorgegangen ist, es

[84] s. o.

[85] aaO.

gelten für den Wiedereintritt in den Verkehr dieselben Regeln, welche sich für den erstmaligen Eintritt ergeben haben. Durch die Herstellung und Aufbewahrung nach erfolgter Einlösung hat der Aussteller im Umfang der dadurch zu übernehmenden Verpflichtung seine Verpflichtungsfähigkeit von seiner Person losgelöst und zum Gegenstand des Rechtsverkehrs gemacht. Ein in der Verfügungsgewalt des Ausstellers befindliches Inhaberpapier stellt also nicht lediglich ein rechtlich bedeutungsloses Formular dar, sondern es birgt stets die Fähigkeit in sich, neue Rechte zu erzeugen. Sobald das Inhaberpapier ein Forderungsrecht erzeugt hat, ist dieses untrennbar mit ihm verbunden, solange das Papier besteht, besteht auch das Forderungsrecht, es sei denn, daß aus dem Papier selbst etwas anderes hervorgeht [86].

Unter diesem Gesichtspunkte ist auch der Fall zu betrachten, der vor einigen Jahren ein Hallenser Gericht beschäftigt hat [87]. Einem Wirt wurden die von ihm bereits eingelösten Biermarken von der Kellnerin entwendet und wieder an die Gäste verkauft, die von diesem Vorgang keine Ahnung hatten. Der Wirt weigerte sich, die Marken einzulösen, da sie bereits einmal zur Einlösung gelangt seien, mithin jetzt ein wertloses Stück Blech darstellen und nur dadurch wieder zu Biermarken würden, daß sie von *ihm* in den Verkehr gebracht würden. Mit Recht wurde diese Ansicht vom Gericht als irrig gekennzeichnet. Hätte der Wirt recht gehabt, so hätte die Kellnerin auch nicht wegen Betrugs verurteilt werden können, denn eine Vermögensschädigung wäre ja nicht vorgelegen. Der Wirt wäre lediglich um den Wert des Bleches geschädigt gewesen. Die Marken aber herauszugeben, weigerten sich die Gäste nicht, sodaß der Wirt tatsächlich keinen Verlust gehabt hätte.

[86] Vgl. Rgz. 18, 9.

[87] Beilage zum Berliner Tageblatt 1908, S. 532.

Will sich also der Aussteller dagegen schützen, daß das Jfz. nochmals in den Verkehr gelangt und für ihn verpflichtende Wirkungen erzeugt, so muß er es entweder vernichten oder mit einem Kassationsvermerk versehen. Dieser kann z. B. darin bestehen, daß er in der Urkunde selbst in Schriftform, z. B. „entwertet, ungültig" aufgenommen wird, er kann aber auch dadurch geschehen, daß an dem Stoff der Urkunde eine Veränderung vorgenommen wird. Abreißen des Coupons bei Eintrittsbillets, Durchlochen der Fahrtausweise.

Auch eine vom Gläubiger auf das Jfz. gesetzte Quittung wird das Recht regelmäßig zum Erlöschen bringen.

Vom Standpunkt der Vertragstheorie aus erlischt zwar das Recht aus den Jfz. auch nicht schon durch Einlösung, aber es wird erst wieder durch einen Vertrag des Ausstellers mit dem Nehmer wirksam.

Jacobi[87a]: Die Wirkung von Tatbeständen, die an sich geeignet sind, das verbriefte Recht zu zerstören (Zahlung), bewirken hier nur Hemmung des Anspruchs, die regelmäßig durch Veräußerung des Papiers beseitigt wird.

§ 18.

Während der Schuldner im allgemeinen dann, wenn er zur Leistung aufgefordert wird oder die Leistung sonst fällig ist, alle ihm beliebenden Einwendungen vorbringen kann, sind diese bei den Schuldverschreibungen auf den Inhaber und entsprechend bei den Jfz. mit Rücksicht auf deren Verkehrstendenz im § 796 BGB. beschränkt.

Wir können uns aber kurz fassen, da die meisten hier einschlägigen Fragen bereits oben im Zusammenhang erörtert worden sind, sodaß es hier im wesentlichen nur einer Zusammenfassung bedarf.

[87a] I, S. 233.

Daß bei Papieren, die zur Zirkulation bestimmt sind, die Einwendungen zu Gunsten der Gläubiger beschränkt werden müssen, ist ein Grundsatz, dem wir schon in alten Gesetzen begegnen. So z. B. gingen schon die alten Wechselordnungen, die vor Inkrafttreten der ADWO. in den Einzelstaaten galten, alle darauf aus, den Wechsel in dieser Beziehung zu privilegieren. Als Grund hierfür führt die Lübecker Verordnung von 1662 eine sonst eintretende empfindliche Störung des Handels an.

Die heute im Wechselrecht und für das Recht der Inhaberpapiere geltenden Einschränkungen beruhen noch zum Teil auf diesen Erwägungen, zum großen Teil aber finden sie ihre Rechtfertigung darin, daß das Wesen dieser Papiere vom neuen Rechte richtig erkannt worden ist, namentlich daß das Weiterbegeben nicht mehr wie früher als eine Übertragung der Rechte des Vormannes aufgefaßt wird.

Auf diesen Erwägungen basieren die Vorschriften des § 796 BGB.

§ 796 nennt „nur" 3 Gruppen von Einwendungen, die der Aussteller dem Inhaber entgegen setzen kann.

Unter Einwendung sind hier alle Tatsachen zu verstehen, die die Entstehung eines Schuldverhältnis hindern, dasselbe ipso jure wieder aufheben, sowie alle Einreden im eigentlichen Sinne (Motive II 699).

Als erste Gruppe kommen hier all die Einwendungen in Betracht, die schon oben als Mängel der Ausstellung (Anfechtbarkeit, Nichtigkeit) gekennzeichnet worden sind.

Einer besonderen Erwähnung bedarf nur der Fall der Fälschung des Isz. (Fälschliche Anfertigung, Verfälschung.) Eine solche Fälschung ist insbesondere dann anzunehmen, wenn von einer dritten Person über den vom Aussteller aus anderen Gründen geschriebenen Namen der Inhalt eines Isz. gesetzt wird, da ja der Aussteller überhaupt den Willen

nicht gehabt hat, sich durch die Ausstellung eines Isz. wirksam zu verpflichten.

Eine Einwendung gegen die erste Begebung durch den Aussteller, sofern eine solche überhaupt stattgefunden hat, ist unzulässig, soweit sie nicht unter die zweite oder dritte Gruppe fällt.

Zur zweiten Gruppe gehören alle Einwendungen, die sich aus der Urkunde selbst ergeben. Sind die beigefügten Beschränkungen, denn um solche wird es sich regelmäßig handeln, mit der Natur der Urkunde als Isz. unvereinbar, so wird das Isz. wohl nicht ohne weiteres nichtig, sondern es behält im Zweifel seine Gültigkeit, nicht als Isz., wohl aber, soweit es den Erfordernissen einer anderen Urkunde entspricht, als solche. §140 BGB. Es sind hier insbesondere zu nennen Zeitbestimmungen, Bedingungen, Einwendungen aus der Causa der Ausstellung, wenn die Causa in dem Isz. selbst angeführt ist und sich der Aussteller damit eine Einwendung aus der Causa vorbehalten wollte.

Die Erwähnung der Causa in der Urkunde kann nämlich verschiedene Zwecke verfolgen. Einmal kann sie nur als erläuternder, rechtlich bedeutungsloser Zusatz gedacht sein, ferner aber kann sie der Aussteller beigefügt haben, um sich damit alle oder gewisse Einwendungen aus dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis vorzubehalten.

Zu entscheiden ist diese Frage nach den Umständen, hierbei sind insbesondere Anhaltspunkte für die Auslegung aus der Verkehrssitte zu entnehmen [88].

Die Motive betonen ausdrücklich, daß durch die Angabe des Schuldgrundes das juristische Wesen eines Inhaberpapieres nicht berührt wird. (Motive II 699.)

Daß alle erwähnten Einwendungen gegen jeden In-

[88] Planck aaO. zu § 796 Bemerk. 4, Oertmann aaO. Bemerk. *B* zu 796; ferner Motive II, 699, RGZ. 5, 69.

haber geltend gemacht werden können, ist selbstverständlich, da sich der Aussteller nur nach dem Inhalt der Urkunde hat verpflichten wollen.

Als dritte Gruppe sind alle Einwendungen aufgeführt, die dem Aussteller gegen den Inhaber unmittelbar zustehen.

Es ist hier nochmals zu betonen, daß dem Aussteller insbesondere alle Einwendungen aus den rechtlichen Beziehungen zwischen ihm und einem früheren Inhaber versagt sind. Die Zulassung der Einreden aus dem Verhältnisse zu früheren Inhabern würde der Selbständigkeit der Rechte des gegenwärtigen Inhabers widersprechen. Das in der Urkunde niedergelegte Versprechen lautet an den Inhaber, wird also für einen unbestimmten Personenkreis abgegeben. Jeder einzelne, der durch die Innehabung des Papiers in diesen Kreis einbezogen wird, steht unabhängig neben den anderen, hat das Recht als originäres erworben.

Hier taucht die überaus bestrittene Frage auf, ob der Aussteller eine exceptio doli geltend machen kann, da sich diese ja aus dem Rechte des Ausstellers gegen einen Vormann herleitet. Kann der Aussteller unter Umständen nicht doch relative Einreden dem Präsentanten entgegensetzen?

Denn ähnlich wie im Wechselrecht kann man die bei Jfz. zulässigen Einreden in absolute und relative[89] trennen, in solche, die gegenüber jedem Inhaber wirken und solche, die nur gegen gewisse geltend gemacht werden können. Zu den absoluten sind z. B. die der Gruppen 1 und 2 zu zählen.

Wirkt eine relative Einrede über die ursprünglich Beteiligten hinaus, wenn ein Dritter Gläubiger wird, der Kenntnis von der Einwendung hat, oder müssen die unter § 796 Gruppe 3 fallenden Einwendungen stets ganz unmittelbar nur gegen den Inhaber zustehen, also in dessen Verhältnis zum Schuldner entstanden sein?

---

[89] Staub zu § 1 WO., Cosack aaO. 296, Dernburg aaO. § 276 III.

Diese ganze Frage war für das Wechselrecht schon vor dem BGB. relevant und hat eingehende Erörterung gefunden. Deshalb soll sie hier nur kurz beleuchtet werden.

Es sind zwei Fälle zu unterscheiden:

A. X wird Inhaber eines Isz. und erlangt erst nach dem Erwerb Kenntnis von den bestehenden Einwendungen. Hier ist die Einrede aus der Person des Vormannes nicht allgemein zuzulassen, da ja der Erwerber das Recht nicht so erworben hat, wie es sein Vormann hatte, sondern wie es sich im Isz. darstellt; deshalb kann nachträgliches Bekanntwerden seinem guten Glauben nichts schaden.

Eine Einwendung wäre nur dann zuzulassen, wenn der Inhaber das ihm zustehende Recht dazu mißbrauchen würde, nach Kenntniserlangung der Mängel dem Aussteller zum Vorteil des Vormannes und zum Nachteil des Schuldners Einwendungen abzuschneiden. Zum mindesten würde § 826 BGB. einschlagen.

B. X hat bereits beim Erwerb des Papiers Kenntnis von den gegen den Vormann zustehenden Einwendungen. Auch hier muß man unterscheiden:

a) X erwirbt das Papier, ohne dabei die Absicht zu hegen, damit dem Aussteller Einwendungen aus dem Verhältnis zum Vormanne abzuschneiden;

b) X erwirbt das Papier nur in dieser Absicht.

Im Falle Ba sind Einwendungen aus der Person des Vormannes nur unter den sub A normierten Voraussetzungen zulässig.

Im Falle Bb steht die Einwendung aus dem Verhältnis zum Vormann auch gegenüber dem Inhaber zu.

Die Motive sagen darüber: unter die bezeichnete Kategorie fällt auch die exceptio doli welche die Behauptung zur Grundlage hat, der Inhaber habe bei Erwerb der Urkunde von einer gegen den Vormann zulässigen Einrede Kenntnis gehabt und die Urkunde in arglistiger Weise,

d. h. zu dem Zweck erworben, um dem Aussteller die betreffende Einrede abzuschneiden und zu entziehen.

Weil das Recht des letzten Inhabers kein abgeleitetes ist, läßt sich ein die exceptio doli nach allgemeinen Regeln begründendes arglistiges Verhalten nur beim Zutreffen der letzten Voraussetzung annehmen.

Hierin stimmt die Wissenschaft faßt allgemein mit den Motiven überein, daß die exceptio doli dann geltend gemacht werden kann, wenn der Gläubiger das Ifz. in der Absicht erworben hat, dem Schuldner dadurch eine gegen den Vormann zustehende Einrede abzuschneiden.

Die Motive sagen aber auch, daß „nur" unter diesen Voraussetzungen die exceptio doli gegeben sei.

Das ROHG. hat in verschiedenen Entscheidungen denselben Standpunkt vertreten.

Das RGZ.[90] aber, in Übereinstimmung mit der unter A aufgeführten Ansicht hat in einer treffend begründeten Entscheidung sich gegenteilig geäußert. Diese Entscheidung betrifft allerdings das Wechselrecht, aber mutatis mutandis dasselbe in unserem Falle. „Der Indossatar eines Wechsels, der dadurch akzeptiert wurde, daß der Indossatar den Indossanten durch Betrug zur Annahme bestimmte, macht sich selbst dann, wenn der Wechsel lediglich für Rechnung und im Interesse des Indossanten geltend gemacht wird, zum Werkzeug der Arglist des letzteren, wenn er im Laufe des Prozesses erfährt, auf welche Weise der Indossant die Wechselforderung erworben hat und nunmehr trotzdem im Interesse des eigentlichen Wechselgläubigers und um diesem die Vorteile seiner Arglist zu sichern, den im eigenen Namen geltend gemachten Anspruch aufrecht erhält und weiter durchzuführen sucht.

Einen ähnlichen Standpunkt hat das RGZ. noch anderweit vertreten[91].

[91] z. B. XI. 9.

Planck[92] verwirft eine exceptio doli hier überhaupt, da ja eine Haftung aus §§ 823, 226 immer genüge, er vertritt also mit Schollmeyer den Standpunkt, daß bei den Inhaberpapieren alle Einreden aus dem Rechte der Vormänner abgeschnitten sind. Er begnügt sich lediglich mit einem Schadenersatzanspruch.

A. Ritter[93]: „in der Person des Vormannes begründete Einwendungen stehen dem Inhaber nur entgegen," wenn in der Geltendmachung des Forderungsrechtes eine vorsätzsätzliche, sittenwidrige Handlung zu erblicken ist.

Zusammenfassend sei also nochmals gesagt, daß die einen jede Einwendung aus dem Rechte der Vormänner ablehnen, sich vielmehr nur mit einem Schadenersatzanspruch begnügen, andere dagegen unter gewissen restriktiven Voraussetzungen eine exceptio doli zulassen.

Wirtschaftlich kommen diese beiden Ansichten zu einem verschiedenen Resultat. Nach der von Planck vertretenen Anschauung muß der Aussteller den durch die Leistung ihm erwachsenen Schaden nachweisen, er hat also eine unter Umständen schwierige Beweislast, während nach der hier vertretenen Ansicht er ein Leistungsverweigerungsrecht hat.

Eine Einrede aus dem persönlichen Verhältnis zum Gläubiger steht natürlich dem Schuldner auch dann zu, wenn der Inhaber, der das Gläubigerrecht geltend macht, nach dem zwischen ihm und dem Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnis dem letzteren das Papier herauszugeben verpflichtet ist, etwa weil er als Vertreter des Gläubigers handelt.

Nach dem Vorgange von Oertmann[94] kann man die Einwendungen des § 796 Gruppe 3 wieder dreiteilen:

[92] aaO. zu § 796.
[93] Die allgemeinen Lehren des Handelsrechts.
[94] aaO. Bemerk. *c* zu § 796.

1. in solche, die überhaupt den Rechtserwerb dieses Inhabers in Abrede stellen,

2. in solche, durch die der Aussteller die sonst vorhandene Verfügungsberechtigung des Inhabers bestreitet,

3. in solche, die das an sich vorhandene Recht des Inhabers in seiner Geltendmachung ausschließen.

Als unter 1 fallend wären hier die Einwendungen zu erwähnen, daß der Inhaber die Urkunde gestohlen hat, also trotz § 935 Absatz 2 nicht Eigentümer geworden ist[95], daß er geschäftsunfähig ist oder die Urkunde von einem nach der Ausstellung geschäftsunfähig gewordenen Aussteller (dann ist ja der Einigungsvertrag nichtig, also kein Eigentum übergegangen) oder von einem geschäftsunfähigen Dritten erworben habe.

Hieher ist wohl auch die sich aus § 142 Abs. 2 ergebende Einrede zu rechnen. Der Aussteller ist zur Begebung der rechtsgültig entstandenen Urkunde durch Betrug oder widerrechtliche Drohung veranlaßt worden, hat aber die Begebung rechtswirksam angefochten. Der Bösgläubige hat also kein Eigentum erworben[96].

Unter Ziffer 2 fällt z. B. die Einwendung, der Aussteller befinde sich z. Z. in Konkurs, sei also zur Verfügung über die Urkunde nicht berechtigt.

Unter Ziffer 3 sind die Einwendungen zu zählen, die Forderung sei erlassen, gestundet, verjährt, der Aussteller rechne mit einer Gegenforderung auf. Auch die Einwendung des Vergleichs kann hier geltend gemacht werden.

§ 19.

Nachdem wir in großen Zügen die für die Ifz. maßgebenden Rechtssätze aufgestellt haben, sollen die Ifz. mit ähnlichen Rechtsinstituten verglichen werden.

[95] s. o.

[96] Anders Crome, System des bürgerl. Rechts II, § 310 Nr. 2.

Zunächst mit den Schuldverschreibungen auf den Inhaber (Schvf.).

Schvf. sind Urkunden, in denen der Aussteller dem Inhaber der Urkunde eine Leistung verspricht, in denen für jeden Inhaber, wie die Motive II 694 sagen, ohne daß eine bestimmte Person als Gläubiger genannt ist, ein selbständiger obligatorischer Anspruch auf Leistung begründet wird.

Die Schvf. sind Skriptur-Obligationen. Sie sind Urkunden vollkommener Art. Es gehört zum Wesen jeder Skriptur-Obligation, daß der volle Inhalt der Leistung und der volle Leistungswille aus der Skriptur selbst hervorgeht. Bei den Ifz. fehlt meistens das Leistungsversprechen, es fehlt auch stets die Angabe, an wen die Leistung erfolgen soll. Bei den Schvf. muß die Absicht des Ausstellers, dem Inhaber leisten zu wollen, aus der Urkunde selbst hervorgehen, diese muß also einen entsprechenden schriftlichen Vermerk enthalten oder doch die Absicht des Ausstellers irgendwie durch den Wortlaut zum Ausdruck bringen.

Die Ifz. bedürfen überhaupt nicht der schriftlichen Form, deshalb brauchen sie auch nicht durch die Art der Fassung den Willen des Ausstellers erkennen lassen, bei ihnen genügt es schon, wenn aus der Art ihrer Ausgabe der Charakter als Ifz. hervorgeht.

§ 793 setzt ferner als Erfordernis für die Schvf. Unterzeichnung voraus, die im übrigen formlos sein kann. (Abs. 2 Satz 1.) Die Ifz. bedürfen zur Gültigkeit regelmäßig nicht der Unterzeichnung, ja sie werden in den meisten Fällen diese entbehren, meistens sogar nicht einmal den Aussteller erkennen lassen.

Auf beide Rechtsinstitute finden dieselben Rechtsregeln Anwendung, was die Ausstellung, die verbindliche Kraft der Ausstellung, die zulässigen Einwendungen, sowie die Verpflichtung des Inhabers anlangt, bei der Leistung die

Urkunde zu präsentieren und sie dem Aussteller nach bewirkter Leistung zu Eigentum zu übergeben.

Daß einzelne Vorschriften über Schvs. auf die Isz. keine Anwendung finden, ergibt sich von selbst aus deren Natur.

So finden die für Schvs. vorgeschriebenen Vorlegung- und Verjährungsfristen keine Anwendung. Dies ist auch durchaus berechtigt, denn fast nie ist aus dem Isz. eine für die Leistung bestimmte Zeit ersichtlich.

Auch §799 ist nach Reichsrecht unanwendbar. Der Gesetzgeber hat die Kraftloserklärung der Isz. für nicht erforderlich erachtet. Er hätte ja mit Rücksicht auf die in 1007 ZPO. 1 für das Aufgebotsverfahren vorgeschriebenen Voraussetzungen für die Kraftloserklärung der Isz. besondere Vorschriften erlassen müssen, da die Isz. meist aller Unterscheidungsmerkmale von Urkunden derselben Art entbehren. Er hat es der Landesgesetzgebung überlassen, eine Kraftloserklärung der Isz. anzuordnen. In diesem Falle aber muß die Landesgesetzgebung mit Rücksicht auf den oben erwähnten Umstand die prinzipiellen Vorschriften über die Kraftloserklärung motivieren. Eine solche Abänderung läßt auch § 11 EGZPO. zu. Nach Planck ist der Vorbehalt gemacht, um die Amortisierung gewisser mit öffentlichen Einrichtungen in Verbindung stehender Urkunden in den einzelnen Bundesstaaten aufrecht zu erhalten.

Von der Erlaubnis des Artikels 102 EGBGB. hat kein Bundesstaat Gebrauch gemacht.

§ 20.

Im folgenden sollen die Begriffe Legitimationszeichen, Legitimationspapiere, qualifizierte Legitimationspapiere erörtert und von dem Begriff Isz. abgegrenzt werden.

Die über ein begründetes Rechtsverhältnis ausgestellten Urkunden zerfallen in zwei Gruppen, in solche, die das

Rechtsverhältnis nur beurkunden, und in solche die es verbriefen, verkörpern. Zur zweiten Gruppe gehören die Ifz., zur ersten die Legitimationszeichen oder wie die für diese in unserer Erörterung Legitimationszeichen genannten Urkunden gebrauchten Bezeichnungen lauten mögen.

Die oben erwähnten Begriffe sind nämlich keineswegs gesetzestechnisch und deswegen einheitlich gebraucht. Vielmehr schwanken die Begriffe in ihrer Anwendung vollkommen. Manche erklären die Begriffe Legitimationszeichen und Legitimationspapiere für identisch, wieder andere trennen sie scharf. Eine dritte Gruppe, unter ihnen Kohler, verwerfen den Begriff Legitimationsurkunden überhaupt als „schillernd und unhaltbar."

Welche Verworrenheit auf diesem Gebiete herrscht, mögen zwei Zitate illustrieren.

Gerber[97] behauptet, daß „nach geltendem Rechte tatsächlich alle Orderpapiere zugleich Legitimationspapiere seien.

Cosack[98] behauptet gerade das Gegenteil: Man dürfe nicht sagen, das Orderpapier gelte von Gesetzeswegen zugleich als Legitimationspapiere.

Cosack[99] sagt ferner, jedes Inhaberpapier sei zugleich Legitimationspapier ex lege. Diese Behauptung ist falsch, beide Begriffe schließen sich aus. Richtig ist, daß beide Papiere „legitimieren". Diese Verworrenheit ist zum großen Teil darauf zurückzuführen, daß der Begriff Legitimation kein streng juristischer ist und deshalb auch keine juristische Klarheit geben kann. Die von uns oben[100] angeführte Definition des Begriffes Legitimation paßt jedenfalls für die Legitimationsurkunden nicht. Denn während bei

[97] Gerber-Cosack aaO. S. 434.

[98] Bürgerl. Recht II, S. 357.

[99] aaO. S. 332, vergl. Brunner bei Endemann II, S. 174, Jacobi I, S. 237.

[100] s. o. S. 69.

den Ifz. das Wesen der Legitimation darin besteht, daß der Inhaber sein Recht nur behaupten muß, muß er es bei den Legitimationspapieren auf Verlangen des Schuldners auch beweisen. Die Beweislast ist also hier gerade umgekehrt, deshalb sind auch die bei der Definition des Begriffes Legitimation oben gebrauchten, für die Feststellung des Begriffes relevanten Worte „bis zum Beweise des Gegenteils", unzutreffend.

Während die Ifz. den Inhaber legitimieren, legitimieren die Legitimationsurkunden hauptsächlich den Schuldner, bei Vorhandensein gewisser Umstände an den Inhaber zu leisten, die Legitimation verschafft also beim Ifz. dem Gläubiger ein gewisses Recht, bei der Legitimationsurkunde hingegen dem Schuldner. Daß auch beim Ifz. der Schuldner legitimiert wird, ist hier eine sekundäre, bei der Legitimationsurkunde hingegen eine primäre Erscheinung.

Das Ifz. legitimiert den Inhaber, die Legitimationsurkunde den Schuldner. In der Literatur werden oft ohne scharfe Abgrenzung für die Inhaberpapiere und Legitimationsurkunden, bald für die einen, bald für die anderen, mitunter auch für beide die Begriffe hinkende Namens-, hinkende Inhaberpapiere gebraucht.

Gareis[101] hat als erster das Wort Legitimationszeichen (Lgz.) gebraucht. Er versteht darunter Papiere oder sonstige Zeichen, welche nicht zum Zwecke des Beweises eines Rechtes oder einer Rechtsverbindlichkeit und nicht in der Absicht emittiert sind, Rechte, welche nur durch deren Emission entstehen könnten und vermögensrechtlichen Wert haben sollen, zu tragen und dadurch Werte negoziabel zu machen (also keine Wertpapiere). Es sind vielmehr Papiere oder sonstige Zeichen, welche entweder lediglich einer leichteren Orientierung über die Zu-

[101] In Buschs Archiv.

ständigkeit einzelner, außerhalb der Zeichen begründeter Befugnisse, oder auch nur zu bloß momentaner Bescheinigung einer Tatsache oder endlich behufs Erfüllung einer tatsächlichen Vorbedingung der Ausübung eines Rechtes, in allen Fällen aus Gründen einer bequemen Übersichtlichkeit oder sonstigen geschäftlich technischen Rücksicht gegeben, getragen oder sonst verwendet werden ... Die Legitimationsabsicht einzig und allein, also die Absicht, sich gegenüber irgend einer privatrechtlich relevanten Tatsache oder behufs einer Ausübung einer an die tatsächliche Voraussetzung des Besitzes eines Kontrollzeichens gebundenen Berechtigung legitimieren zu können, führt die Nehmer, und die Absicht, gewisse Tatsachen kontrollieren zu können, die Aussteller zu dem Institute dieser Legitimationszeichen."

Legitimationszeichen sollen also nach Gareis lediglich Kontrollzeichen sein, sie sollen weder Rechtsträger noch Zirkulationswerte sein. Wie aus der Definition von Gareis hervorgeht, beruht die Ausstellung der Lgz. auf dem Zweckmoment, die Erfüllungshandlung des Ausstellers zu erleichtern, sie wird also lediglich im Interesse des Ausstellers gegeben.

Neben den Lgz. nennt Gareis die Beweisurkunden. Diese dienen im Gegensatze zu den Lgz. lediglich dazu, bestehende Rechtsverhältnisse zu beweisen, sie haben also nicht einmal eine Kontrollfunktion. Ihre Bedeutung zeigt sich im Prozeß. Fuchs[102] nennt sie Beweisurkunden *κατ' ἐξοχήν*.

Neben diesen beiden Arten nennt Gareis noch die Legitimationspapiere, das sind Wertpapiere, bei denen der aus dem Papier Verpflichtete nicht die Pflicht hat, zu prüfen, ob der Vorzeiger des Papiers identisch ist mit denjenigen, für welchen die Leistung dem Inhalte nach bestimmt ist. Aus

[102] S. 33.

dem von Gareis angeführten Beispiel geht hervor, daß er unter diesen Papieren die im § 808 BGB. genannten versteht. Diese Papiere scheiden also hier vollkommen aus, da sie den Namen des Berechtigten enthalten und sich deshalb schon der Form nach grundsätzlich von den Ifz. unterscheiden.

Da das Lgz. nur Kontrollzwecken dient, „zur prima vista Bescheinigung einer als Vorbedingung zur Ausübung eines Rechtes geltenden Tatsache[103]", kann der Aussteller die Innehabung des Lgz. als genügende Legitimation erachten oder nicht. Er ist hierbei absolut an keine Rechtsregeln gebunden.

Brunner[104] nennt nur die Legitimationspapiere. „Sie sind Papiere, bei denen der Inhaber kein Recht auf Zahlung habe, wohl aber der Schuldner ein Recht auf Zahlung an den Inhaber. Es ist offenbar, daß Brunner unter Legitimationspapieren dasselbe versteht wie Gareis unter Lgz. Wir haben schon bei der Erörterung über ein Leistungsverweigerungsrecht gesehen, daß es unrecht ist, sich darauf zu versteifen, daß die legitimierende Wirkung des Ifz. dem Inhaber stets ein Recht auf die Leistung gebe. Ebenso unrichtig ist es, in unserem Falle von einem Rechte des Ausstellers zur Leistung zu sprechen. Wenn wir unter diesem Gesichtspunkte die Ansicht von Brunner motivieren, so kommen wir zu dem oben erwähnten Resultate.

Der Aussteller darf gewiß an den Inhaber des Lgz. leisten, er braucht nicht an ihn zu leisten. Sicherlich aber darf er nicht leisten, wenn sich seine Handlungsweise als ein Verstoß gegen das Prinzip von Treu und Glauben darstellt. Folgendes Beispiel wird uns diese Ansicht als richtig erkennen lassen. Fürst A besucht in einem kostbaren Pelzmantel das Theater. Nachdem er diesen abgegeben und dafür eine Garderobemarke erhalten hat, verliert er

[103] Deutsches Handelsrecht, 6. Aufl., S. 771.

[104] aaO. S. 175.

diese. Ein zweifelhaftes Individium vom 4. Rang bemerkt dies, hebt die Marke auf und verlangt noch vor Beginn der Vorstellung die Garderobe. Hier darf die Garderobenfrau von ihrem Rechte, zu leisten, keinen Gebrauch machen, hier muß sie vielmehr von ihrem Rechte Gebrauch machen, auf den zu Grunde liegenden Vertrag zurückzugehen. Ein anderes Resultat, übereinstimmend mit der Brunnerschen Ansicht, würde den gesetzlichen Bestimmungen widersprechen. Nach Brunner würde die Garderobenfrau selbst dann ein Recht zur Leistung an das Individium haben, wenn sie den ganzen Vorfall angesehen hätte. Hiernach könnte sogar eine Leistung gegen § 226 BGB. verstoßen.

Wir können also nur Beweisurkunden und Lgz. unterscheiden. Auch die Beweisurkunden scheiden bei unserer Untersuchung aus, da sie ja nur über ein in allen Punkten zum Abschluß gelangtes Rechtsverhältnis ausgestellt sind, also keine legitimierende Wirkung haben.

Zu erwähnen wären vielleicht noch sogenannte Erkennungszeichen. Diese haben eine gewisse Ähnlichkeit mit der Lgz. Sie sollen aber nicht den Aussteller legitimieren, an den Inhaber zu leisten, sondern sie sollen nur eine bestimmte Person als diejenige erkennen lassen, die allein berechtigt ist, eine bestimmte Leistung in Empfang zu nehmen.

A kauft eine Vase und sagt, er lasse sie durch sein Dienstmädchen abholen; damit dieses sich leichter ausweisen kann, zerreist er seine Visitenkarte, hinterläßt eine Hälfte im Geschäft, an der andern soll sein Dienstmädchen erkannt werden. Kommt nun z. B. eine männliche Person mit dem Abschnitt, so darf der Geschäftsinhaber an ihn nicht leisten, denn er soll ja nicht an jeden Inhaber leisten dürfen, sondern nur an das sich durch den Abschnitt ausweisende Mädchen.

Wir ziehen es vor, für die Legitimationsurkunden das Wort Legitimationszeichen zu wählen, einmal in bewußter Unterscheidung von dem strafrechtlichen Begriff Legitima-

tionspapier, ferner um ähnlich wie bei den Ifz. anzudeuten, daß der Stoff, aus dem sie bestehen, gleichgültig ist.

Das Lgz. hat folgende Merkmale: Es ist ein Kontrollzeichen, läßt den Inhaber nur prima facie berechtigt erscheinen, den Anspruch geltend zu machen. Es steht außerhalb des Rechtsverhältnisses. Die Geltendmachung des Rechtes ist keineswegs an die Innehabung des Lgz. gebunden. Es ist also kein Wertpapier. Der Berechtigte kann auch anderweitig seine Berechtigung nachweisen.

Der Aussteller kann aber auch vom Inhaber des Lgz. den Nachweis verlangen, daß dieser wirklich der Berechtigte ist, oder etwa der Vertreter oder Bote des Berechtigten.

Das Lgz. kann also auch nicht als Wert zirkulieren, es ist nicht geeignet, durch seine Übertragung auch das Recht zu übertragen. Dafür gelten vielmehr die für das betreffende Rechtsverhältnis normierten Vorschriften.

Auch durch gestohlene oder abhanden gekommene Lgz. kann das Recht selbst bei gutem Glauben nicht übertragen werden.

Ebenso kann das Lgz. für sich nicht verpfändet werden, da es das Recht nicht verkörpert, auch hier greifen vielmehr die Grundsätze des Forderungspfandrechtes ein. Allerdings wird es zweckmäßig sein, bei der Verpfändung der Forderung auch das Lgz. zu übergeben. Bei der Verpfändung übrigens zeigt es sich deutlich, daß der Aussteller nicht immer das Recht hat, an den Inhaber des Lgz. zu leisten.

A hat dem Uhrmacher B eine Uhr zur Reparatur übergeben. C läßt den Anspruch des A auf Herausgabe der Uhr pfänden. Der Uhrmacher bekommt das Arrestatorium zugestellt, demzufolge er die Uhr nicht mehr an A herausgeben darf. B darf also, wenn er sich nicht ersatzpflichtig machen will, die Uhr nicht an A herausgeben, obwohl dieser den Reparaturbon vorweist, er hat also in diesem Falle kein Recht darauf, dem Inhaber des Lgz. zu leisten.

Selbst bei Verlust des Lgz. muß der Aussteller leisten, wenn ihm ein genügender Nachweis der Berechtigung erbracht wird, es sei denn, daß er bereits im guten Glauben an den Präsentanten geleistet hat.

Alle Einwendungen aus dem begründeten Rechtsverhältnis sind beim Lgz. statthaft. Werden die Lgz. dem Aussteller gestohlen, so entsteht für ihn natürlich absolut keine Verpflichtung, es liegt ja kein Rechtsverhältnis vor, bei dessen Erfüllung die Lgz. Anwendung finden sollen.

Das Erlöschen des zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses beraubt die Lgz. ihres Zweckes, ihres Wertes. Jetzt ist kein Schuldner mehr da, dessen Leistungsverpflichtung das Lgz. erleichtern soll. Das Erlöschen des Rechtes aus den Lgz. ist also abhängig vom Erlöschen des Schuldverhältnisses, richtet sich mithin nach allgemeinen Grundsätzen.

Geht ein Lgz. unter, ohne daß das zu Grunde liegende Schuldverhältnis erlischt, so ist diese Tatsache auf die Leistungspflicht ohne jeden Einfluß. Der für den Berechtigten durch die Urkunde geführte Beweis kann beim Untergang des Lgz. auch anders geführt werden.

§ 21.

Wenn wir die Isz. mit den Lgz. vergleichen, ergeben sich also folgende wesentliche Unterschiede:

Das Isz. entsteht mit der Ausstellung, die Bedeutung des Lgz. wird erst relevant mit dem Abschluß eines Rechtsverhältnisses, zu dessen Beweis es gegeben wird.

Beim Isz. ist der Inhaber legitimiert, die Leistung zu verlangen. Verweigert der Aussteller ohne sofortigen Nachweis der Nichtberechtigung die Leistung, so kommt er in Verzug. Beim Lgz. ist der Schuldner legitimiert, die Leistung an den Inhaber zu bewirken, er ist dazu berechtigt aber nicht verpflichtet, er kann vielmehr einen wei-

teren Nachweis verlangen, bis zu dessen Erbringung die Leistung verweigern.

Beim Isz. richtet sich das Gläubigerrecht nach dem Eigentum an der Urkunde, beim Lgz. nach dem zu Grunde liegenden Vertrage.

Beim Isz. erlischt das Recht durch Untergang oder Kassierung der Urkunde, beim Lgz. besteht es trotzdem weiter. Beim Isz. kann das Recht nur durch Innehabung geltend gemacht werden, beim Lgz. kann der Gläubiger auch ohne das Papier die Leistung verlangen. Dem Inhaber des Isz. können nur beschränkt Einreden entgegengehalten werden, beim Lgz. sind alle Einreden aus dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis zulässig.

Das Isz. ist eine selbständige körperliche Sache, das deswegen fast allen sachenrechtlichen Grundsätzen unterworfen ist. Das Lgz. ist nur ein Akzessorium der Forderung, es kann z. B. selbständig nicht verpfändet werden, da es ja als Sache einen selbständigen Vermögenswert nicht repräsentiert.

Es mag zugegeben werden, daß es im einzelnen Falle nicht immer leicht ist, sofort einwandfrei festzustellen, ob eine Urkunde Isz. oder Lgz. ist.

Wir haben oben schon gesehen, daß immer dann, wenn ein Lgz. gegeben wird, der zu Grunde liegende einzelne Vertrag maßgebend sein soll, während dieser beim Isz. vollkommen belanglos wird.

Man kann also als allgemeines, fast nie untrügliches Unterscheidungsmerkmal sagen:

Überall da, wo die der Begebung zu Grunde liegenden Verträge auf vertretbare Leistungen gehen, sind die ausgestellten Urkunden Isz., überall, wo es sich um nicht vertretbare Leistungen handelt, haben wir es mit Lgz. zu tun.

Oertmann[105] sagt, daß (wir müssen dabei auf die im § 22 gemachten Ausführungen Bezug nehmen) auch alle Ifz. zunächst Lgz. seien. Wir unterstellen dabei, daß Oertmann hier unter Lgz. Karten und Marken des täglichen Verkehrs versteht. Er will also damit sagen, daß die Karten und Marken des täglichen Verkehrs in Ifz. und Lgz. zerfallen. Es wird regelmäßig leicht festzustellen sein wegen der charakteristischen Merkmale der Ifz., ob eine Urkunde wirklich ein Ifz. ist.

Ist eine Urkunde der unvollkommenen Art nicht Ifz., so ist sie Lgz.

§ 22.

Trotzdem also nach unseren Ausführungen die Ifz. sich wesentlich von den Lgz. unterscheiden, sagen die Motive (II 721):

Mitunter wohnt ihnen nur der Charakter einer Legitimationsurkunde bei, anderseits ist es nicht ausgeschlossen, daß sie gerade wie bei den Schuldverschreibungen auf den Inhaber dem jeweiligen Inhaber ein selbständiges, nicht abgeleitetes Gläubigerrecht verschaffen sollen, häufig ist der rechtliche Charakter ein gemischter.

Oertmann[106] sagt: die im § 807 genannten Urkunden sind an sich bloße Legitimationsurkunden im Sinne des § 808 BGB., die dem Inhaber keineswegs ein selbständiges Recht geben, sondern nur den Aussteller durch Leistung an ihn befreit werden lassen. Sie können bestimmungsgemäß indes auch eine weitergehende Bedeutung haben, derart, daß sie wie die eigentlichen Inhaberpapiere dem jeweiligen Inhaber ein selbständiges, nicht abgeleitetes

[105] Zu 807.
[106] aaO.

Forderungsrecht verschaffen. Dies muß sich aus den die Ausstellung begleitenden Umständen ergeben.

Wir haben gesehen, daß für die Entscheidung der Frage, ob eine Urkunde unter § 807 fällt, der Wille des Ausstellers maßgebend ist, fällt sie aber unter § 807, so verschafft sie stets ein selbständiges, nicht abgeleitetes Gläubigerrecht.

Die Ausdrucksweise von Oertmann und den Motiven ist geeignet, Mißverständnisse hervorzurufen.

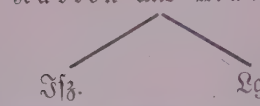
Die Karten und Marken des täglichen Verkehrs, die sich alle durch eine gewisse Unvollkommenheit auszeichnen, besitzen alle die Eigenschaft, zu legitimieren. Deshalb werden sie auch Legitimationszeichen genannt. Da wir aber den Begriff Lgz. unter anderer Bedeutung verstehen, ist es besser, diese legitimierende Wirkung durch die Bezeichnung Beweiszeichen auszudrücken. Dies will offenbar Oertmann auch in obigem Zitat zum Ausdruck bringen. Er will also sagen, daß alle Karten und Marken legitimierende Wirkung haben, daß sie daneben aber auch weitergehende Bedeutung haben können. Dann werden sie zu Isz.

Daß Oertmann den Begriff Isz. scharf von dem der bloßen Lgz. trennt, die Isz. also nicht, wie es nach obigem Zitat scheint, als eine Unterart der Lgz. auffaßt, zeigt deutlich ein Zitat von ihm selbst[107]. Dahin (zu den Lgz.) gehören die Karten und Marken des täglichen Verkehrs, zwar nicht notwendig — sie können auch wahre Inhaberpapiere enthalten —, aber doch in weitestem Umfange. Wir sehen also: auch bei Oertmann scharfe Scheidung von Lgz. und Isz., für beide zusammen den Begriff Karten und Marken. Graphisch dargestellt, sieht also das Verhältnis der drei Begriffe so aus:

[107] Schuldrecht bei Göschen II, S. 139.

Karten und Marken

Isz. Lgz.



Häufig allerdings machen die Schriftsteller keinen Unterschied zwischen Isz. und Lgz. Dies illustriert ein Zitat von Wahl[108]:

Les titres, que la doctrine allemande qualifie de titres de légitimation, sont des titres au porteur imparfaits. Le cercle qu'on assigne habituellement aux titres de légitimation, nous paraît trop large.

Entscheidend dafür, ob eine Karte des täglichen Verkehrs Isz. oder Lgz. sei, ist der Wille des Ausstellers. Vor allem ist zu prüfen, ob der Aussteller einen leicht übertragbaren Träger eines Forderungsrechtes hat schaffen wollen oder ob er nur die Absicht hatte, sich durch Ausgabe der Marken das Recht zu verschaffen, durch Leistung an den Präsentanten sich ohne Legitimationsprüfung zu befreien. Auch die am Ende des vorhergehenden Paragraphen angedeuteten Gesichtspunkte liefern beachtenswerte Unterscheidungsmerkmale[109].

Besonderer Teil.

§ 23.

Im folgenden sollen die hauptsächlichsten, heute im Verkehr gebräuchlichen Karten und Marken auf ihre recht-

[108] aaO. I, 227.

[109] Vergl. Brunner bei Endemann II, 174/175, Jacobi I, 237, Planck, Komm zu 808, 3 c, ROHG. II, 310, S. 318, aaO. Kohler, Jöhl, Handelsrecht I, 650.

liche Qualifikation geprüft werden. Es ist natürlich bei der Fülle der in Betracht kommenden Urkunden ausgeschlossen, auch nur annähernd eine erschöpfende Übersicht zu bieten.

Vor allem fallen außerhalb des Rahmens unserer Untersuchung alle den Namen eines Berechtigten tragenden Urkunden, also auch die Urkunden des § 808 BGB. z. B. Sparkassenbücher, über die es unendlich viel Literatur gibt, ferner Lebensversicherungspolizen, Depotscheine, Pfandscheine usw. usw.

§ 24.

Das Theaterbillet.

Fast alle Theater und Vergnügungsetablissements geben heute an die Besucher Theater- bezgl. Eintrittsbillets aus. Es ensteht die Frage, welcher Zweck damit verfolgt wird. Soll das Billet für den Vertragsschluß wesentlich sein, so daß dieser überhaupt nicht rechtsgültig zustande gekommen ist, wenn der Vertragsschließende vom Unternehmer kein Billet erhalten hat, steht das Billet außerhalb des Vertrages?

Wir müssen hier zunächst scheiden zwischen Billets, die einer Kontrolle unterworfen sind und anderen.

Werden Billets ausgegeben, beim Eintritt in das Theater bezw. vor Beginn der Vorstellung aber nicht kontrolliert, so leuchtet es ein, daß diese Billets weder für den Vertragsabschluß noch für die Bewirkung der Leistung wesentlich sind, da ja bis zur Bewirkung der Leistung nicht festgestellt ist, ob der Eintritt Begehrende sich im Besitze einer gültigen Eintrittskarte befindet. Solche Billets sollen dem Besucher das Auffinden seines Platzes erleichtern, sie bilden

also gleichsam einen Ersatz für die Tätigkeit der Theaterdiener, denn in Verbindung mit den regelmäßig im Vorraum aufgehängten Orientierungsplänen ermöglichen sie es dem Besucher, sich rasch im Theater zurecht zu finden.

Solche Billets werden regelmäßig nur da ausgegeben, wo der Vertragsabschluß, wie Knies[110] sagt, ein sofort zu erfüllendes Bargeschäft begründet. Es fehlt in diesem Falle, da Vertragsabschluß und Erfüllungshandlung des Schuldners sich unmittelbar folgen, die Notwendigkeit, für den Vertragsabschluß ein Beweismittel zu schaffen. Allein solche Fälle werden äußerst selten sein. Ich entsinne mich nur eines Falles, in dem solche Billets ausgegeben wurden. Es handelte sich da um eine Vereinsfestlichkeit, zu der nur Mitglieder Zutritt hatten. Diesen wurden dann vor Eintritt in den Saal solche Orientierungsmarken gegeben, die sie auf die Plätze wiesen, die ihnen nach der Reihenfolge ihrer Anmeldung zukamen.

In den weitaus meisten Fällen werden die Billets beim Eintritt einer Kontrolle unterworfen.

Bei unserer Betrachtung scheiden vor allem auch die auf den Namen lautenden Theaterbillets aus, da sie ja nie unter § 807 BGB. fallen können.

Die praktische Bedeutung der Frage, ob ein Billet Isz. oder Lgz. ist, zeigt sich in folgendem.

Ist das Theaterbillet nur ein Legitimationszeichen, so kann der Unternehmer jedem anderen als dem, mit dem er den Vertrag abgeschlossen, den Eintritt ins Theater verweigern und vom Einlaß Begehrenden einen weiteren Nachweis seiner Berechtigung verlangen. Ist das Theaterbillet dagegen ein Isz., so ist jeder Inhaber legitimiert, der Vorstellung beizuwohnen.

[110] Geld und Kredit, Abt. II, S. 183; ferner Wagner, Der Kredit und das Bankwesen in Handbuch der politischen Ökonomie 1885 I, 422.

Wäre das Theaterbillet nur Lgz., so könnte jeder Besucher, der das Billet verloren hat, sein Recht auf die Vorstellung auch durch andere Beweismittel als durch Präsentation des Papiers dartun. Ist das Theaterbillet Isz., so kann der Besucher, wenn er es verloren, keinen Einlaß begehren.

Schon der Hinweis auf diese Konsequenzen im Zusammenhalt mit den tatsächlichen Verhältnissen beantwortet die Frage. Das Verlangen des Unternehmers an den Inhaber, außer der Innehabung des Billets noch einen anderen Beweis seiner Berechtigung zu führen, würde vom Publikum nicht nur als große Belästigung empfunden werden sondern auch als eine Verletzung seiner Rechte. Denn überall im Publikum findet sich die Anschauung, daß Innehabung des Billets zum Eintritt berechtigt.

In der Tat will ja auch der Theaterunternehmer bei den gewöhnlichen Tagesbillets nicht gerade dem, der ihm das Billet abgekauft hat, leisten, sondern jedem Inhaber des Billets. Für ihn kommt es nicht darauf an, nur mit dem einen Vertrag abzuschließen, der gerade an die Kassa herantritt, sondern möglichst so viel Verträge zu schließen, um das Theater besetzt zu haben. Wenn einmal der Vertrag abgeschlossen und das Billet ausgegeben ist, ist es dem Unternehmer gleichgültig, wer die Leistung verlangt. Dies geht ja schon aus der Art der Kontrolle hervor. Bei derselben wird nicht geprüft, ob der Inhaber mit dem identisch ist, der das Billet gelöst hat. Der Unternehmer will gar nicht mehr auf den Vertrag zurückgreifen. So wie die Kontrolle allgemein, namentlich in größeren Etablissement geübt wird, kann er das auch gar nicht. Abgesehen davon, daß der Kassier meistens sich nicht einmal die Personen betrachtet, die das Billet lösen, werden Kassier und Kontrolleur meist ganz verschiedene Personen sein, sodaß

es dem Kontrolleur unmöglich ist, festzustellen, ob der Präsentant mit dem Vertragskontrahenten identisch ist.

Im Theaterbillet gibt also der Unternehmer eine Erklärung dahin ab, jedem Präsentanten, der gewissen Anforderungen entspricht, zu leisten. Diese Einschränkung allerdings müssen wir auf Grund der Verkehrssitte machen. Denn der Unternehmer wird z. B. einem Inhaber eines Logenbillets den Eintritt verweigern dürfen, der in schmutzigen Arbeitskleidern erscheint. Ferner ist es stillschweigende Voraussetzung, daß eine gewisse Mehrheit von Personen sich einfindet, der einzelne allein wird eine Vorstellung nie verlangen können, also gegen den Unternehmer kein Klagrecht auf die Aufführung haben.

Der Vertrag, den der Unternehmer abschließt, will nicht das individuelle Bedürfnis des Einzelnen berücksichtigen, der Unternehmer schließt unter gewissen von ihm gesetzten Bedingungen eine Mehrheit von Verträgen ab, die alle auf eine vertretbare Leistung gehen. Nur bezüglich der Wahl des Platzes hat der Besucher ein Recht. Wir haben schon oben gesagt, daß das Publikum im allgemeinen der Ansicht ist, auf Grund der Präsentation des Billets die Vorstellung verlangen zu können. Es wird auch niemandem einfallen, Einlaß zu begehren, wenn er das Billet verloren, etwa in dem er anderweits den Nachweis seiner Berechtigung führt.

Wenn trotzdem unter Umständen einer Person, die behauptet, ihr Billet verloren zu haben, der Eintritt gestattet wird, so ist dies nur auf die Kulanz des Unternehmers zurückzuführen, verpflichtet ist er dazu keineswegs.

Noch eine in der Praxis häufig vorkommende Erscheinung dürfte den Nachweis bringen, daß das Theaterbillet ein Ifz. ist. Da nach § 793 der Aussteller mit dem Moment der vollendeten Ausstellung gebunden ist, der Unternehmer also auch dem Inhaber gestohlener Billets den Ein-

tritt gestatten müßte, ist man dazu gekommen, um eben eine solche Haftung aus der Ausstellung möglichst zu beschränken, diese in zwei Akte zu zerlegen. Die gedruckten Theaterbillets stellen meist noch keine fertig ausgestellten Eintrittbillets vor, sondern bedürfen noch des Aufdrucks des Tagesstempels, damit ist die Ausstellung erst vollendet, mit dem Moment beginnt auch erst die Haftung des Unternehmers.

Jeder Inhaber eines Theaterbillets kann also verlangen, zur Aufführung zugelassen zu werden, wenn er die Urkunde am bestimmten Tage präsentiert, er kann sie und mit ihr das Recht auf die Aufführung auf Dritte übertragen, anderseits hat der Erwerber, dem das Billet gestohlen worden ist, kein Recht mehr auf Leistung, da durch den Verlust des Billets die Forderung erloschen ist.

Anders sind die Abonnements-, Saison- und Dutzendkarten zu beurteilen. Dieselben werden zu ermäßigten Preisen ausgegeben, um einer bestimmten Person oder Familie, die eine Reihe von Vorstellungen besuchen will, eine Vergünstigung zu gewähren. Eben der Grund der Entstehung zeigt schon, daß sie keine Isz. sein können. Nur der Abonnent soll die Vergünstigung genießen. Deshalb sind diese Karten auch meist mit dem Aufdruck „Nicht übertragbar" versehen. Aber selbst wenn dieser Aufdruck fehlt, braucht der Unternehmer nur den Vertragschließenden bezüglich all denen zu leisten, die berechtigt sein sollen. Es werden dies neben den Vertragskontrahenten meist dessen nächste Familienangehörige sein. Deshalb ist ein gewerbsmäßiger oder selbst nur ein gelegentlicher Verkauf von Abonnementsbillets selbst zu ermäßigten Preisen ausgeschlossen, da ja dadurch der Theaterunternehmer geschädigt wird. Der Verkauf zu vollen Preisen verstößt jedenfalls gegen die guten Sitten, da es gegen die Anschauung eines gerecht und sittlich denkenden Menschen ist, daß der Abonnent aus seinem Abonnement durch Verkauf an Dritte Nutzen zieht. Auch

beim Verkauf zu ermäßigten Preisen wird der Theaterunternehmer um die Differenz des ermäßigten und des gewöhnlichen Preises geschädigt sein. Deshalb entspricht auch der Verkauf zu ermäßigten Preisen nicht dem Willen des Ausstellers. Die Abonnementsbillets sind also auf jeden Fall unübertragbar, sie sind Lgz.

Bei der Ausgabe der einfachen Billets hat der Unternehmer die Absicht, die ganze Leistung nur einer (gewöhnlich) bestimmten Person gegenüber zu erfüllen. Die Leistung ist also nach dem Willen des Ausstellers unteilbar (nicht unübertragbar). Deshalb ist es unzulässig, daß dieselbe Vorstellung auf ein Billet von mehreren Personen besucht wird, die sich etwa nach jedem Akt ablösen. In dem Augenblick, in dem der Aussteller begonnen hat, die Leistung zu erfüllen, verliert das Billet seine Übertragbarkeit. Es wird jetzt zur Beweisurkunde dafür, daß der Inhaber begonnen hat, die im Papier verbriefte Leistung zu verlangen, daß er also die Unübertragbarkeit herbeigeführt hat[112]. Jetzt kann der Theaterbesucher auch ohne das Billet den Wiedereintritt in das Theater verlangen, wenn er beweist, daß er das kupierte Billet besessen hat.

Die Richtigkeit dieser Ansicht beweist schlagend die Einrichtung der Kontremarken. Das kupierte Billet ist nicht mehr imstande, dem Inhaber den Nachweis der Berechtigung zu ermöglichen. Er muß diesen auf andere Weise führen, wenn er Wiedereintritt begehrt. Zu diesem Zwecke wird ihm beim Austritt eine Kontremarke gegeben. Das Theaterbillet ist also Isz.[113].

[111] Archiv für zivilr. Entscheidungen der k. sächs. Justizbehörden 1876, S. 439 ff.

[112] Cosack, Handelsr. S. 492, 5. Aufl.

[113] Ebenso Oertmann aaO. Goldmann-Lilienthal aaO. Föhl aaO. § 54 *a* Anm. 2; ferner Planck aaO., dann Brunner bei Endemann II, 206, Gerber Cosack aaO. 402 u. 3, Knies, Geld und Kredit, Abt. 2 S. 183 u. a.

Anderer Ansicht sind u. A. Staudinger und Jacobi [114/115], die es nicht für ein Ifz. erklären, da die Verkehrstendenz fehle. Die Ansicht von Jacobi ist jedenfalls irrig. Denn es ist zwar eine bei den Ifz. fast immer vorhandene Erscheinung, daß sie für den Verkehr bestimmt sind, notwendig ist dies aber nicht. Um eine Urkunde zum Ifz. zu machen, genügt es, daß der Aussteller den Willen hat, jedem Inhaber zu leisten. Damit ist aber noch nicht die Verkehrstendenz gegeben.

Mitunter wird das Theaterbillet sogar für ein vollkommenes Inhaberpapier gehalten.

Manche sehen in dem Theaterbillet nur eine Quittung [116]. Da es regelmäßig nur nach Bezahlung des Kaufpreises abgegeben wird, beweist es natürlich gleichzeitig, daß der Preis bereits bezahlt ist. Es ist aber unrichtig, daß das Billet nur eine vom Unternehmer ausgestellte Bescheinigung darüber sein soll, daß der Besucher den Betrag bezahlt hat und deshalb die Gegenleistung verlangen kann. Damit allein (mit den letzten Worten) ist doch schon gesagt, daß das Theaterbillet über die Berechtigung einer bestimmten Person Aufschluß geben soll. Dies geht aber über den Charakter der Quittung weit hinaus. Eine Quittung soll lediglich darüber Aufschluß geben, daß eine Leistung erfolgt ist, sie dient also nur dazu, über ein in allen Punkten bereits erfülltes Rechtsgeschäft Beweis zu führen. In dem Moment, in dem sie noch bezüglich einer zu erwartenden Leistung legitimieren soll, verliert sie den ausschließlichen

[114] aaO. zu 807.

[115] aaO. I.

[116] Bekker: Die Geldpapiere in Jahrbüchern des gemein. deutschen Rechts I, 307; Bluntschli, Deutsch. Privatrecht S. 505. Von Canstein, Handelrecht I, S. 71; Gengler, Das deutsche Privatrecht, 4. Aufl., S. 405; Randa, Das Eigentumsrecht nach österr. Recht, 1. Hälfte, S. 263, n. 6.

Charakter als Quittung, sie wird mehr, sie müßte dann zum mindesten Lgz. sein. Dies aber haben wir schon oben abgelehnt.

Zusammenfassung: Das Theaterbillet ist also zur Geltendmachung der in ihm verbrieften Forderung notwendig. Nur der Inhaber des Billets kann verlangen, zur Vorstellung zugelassen zu werden, der Inhaber muß zugelassen werden, wenn nicht der Unternehmer den Nachweis der Nichtberechtigung führt. Wer kein Billet hat, braucht nicht zugelassen zu werden.

Denselben Charakter wie Theaterbillets haben die nicht auf Namen lautenden Eintrittskarten in Vergnügungslokale, dann alle die Billets, welche die Benützung von Einrichtungen gewähren, z. B. Badekarten, Eintrittskarten in Museen, Ausstellungen, Schaustellungen usw. usw.

Denselben Standpunkt bezüglich des Charakters des Theaterbillets vertritt Haberstumpf[116a] Er erörtert die Frage, wer das Risiko beim Theaterbilletzwischenhandel hat, und geht dabei von der Voraussetzung aus, daß das Theaterbillet ein Isz. ist, denn nur so kann die von Haberstumpf gezogene Konsequenz erklärt werden, daß der Theaterunternehmer *jedem Billetinhaber* beim Ausfall der Vorstellung den Billetpreis zurückzuerstatten habe.

§ 25.

Die Eisenbahnfahrkarte (F.)

Ähnliche Betrachtungen sind auch bei der F. maßgebend.

Beyersdorf hat in seiner Dissertation den Nachweis zu führen versucht, daß die F. nie ein Inhaberpapier oder ein Isz. sein kann, sondern stets ein Lgz. ist.

[116a] Haberstumpf aaO. S. 379. Der Aufsatz erschien erst während des Druckes der Arbeit und konnte deshalb nur am Ende dieses Paragraphen Berücksichtigung finden.

Dieser Ansicht ist nicht beizutreten.

Die einfache F. ist stets ein Isz. Jeder Inhaber hat das Recht, auf Grund und gemäß der F. Beförderung zu verlangen, kein Reisender aber kann Beförderung verlangen, der nicht im Besitz einer gültigen F. ist, selbst wenn er anderweit den Nachweis führt, daß er den Fahrpreis bezahlt hat. Die Eisenbahn hat ja schließlich auch gar kein Interesse daran, bei der Erfüllung auf den Vertrag zurückzugehen. Ihr ist es gleichgültig, wem sie erfüllt, ob dem ursprünglichen Vertragsschließenden oder dem Inhaber.

Der Abschluß des Transportvertrages mit der Eisenbahn geschieht in der Weise, daß der für die betreffende Strecke zu zahlende Preis erlegt und dem Reisenden dafür ein Billet ausgehändigt wird. Der Reisende, der an den Schalter herantritt und eine Karte, z. B. nach Berlin, verlangt, macht damit der Bahn folgende Offerte: Ich will mit dir unter den bei dir geltenden Bedingungen einen Vertrag abschließen, inhaltlich dessen du mich nach Berlin zu bringen hast. Da nun die Bahn dem Kontrahierungszwang unterliegt, sofern nur der Reisende bestimmten minimalen Voraussetzungen entspricht, muß die Bahn diese Offerte in den meisten Fällen annehmen. Dies geschieht einfach dadurch, daß der Schalterbeamte an den Billetschrank tritt und die F. sucht. Damit bringt er den Willen zum Ausdruck, für die Bahn die Offerte anzunehmen und dem Reisenden gegen Bezahlung des Preises die Karte, den Träger des Transportrechtes, auszuhändigen. Der Beförderungsvertrag kommt also nicht erst mit der Aushändigung der F., sondern schon damit zu Stande, daß der Reisende eine bestimmte F. verlangt, der Schalterbeamte zur Erfüllung dieses Verlangens bereit ist und dies zu erkennen gibt.

Die F. soll primär Träger des durch den Beförderungsvertrag dem Reisenden der Bahn gegenüber zustehenden Rechtes auf Beförderung sein. Sekundär hat die Bahn der

F. noch andere Funktionen überwiesen, die aber deren Charakter als Ifz. nicht ändern. So dient z. B. die Einrichtung, die F. mit fortlaufenden Nummern zu versehen, der Kontrolle der Schalterbeamten, denen auf diese Weise eine Unterschlagung der vereinnahmten Gelder fast unmöglich gemacht ist.

Da die F. nur dann verabfolgt wird, wenn der zu zahlende Preis bereits erlegt ist, enthält die F. natürlich gleichzeitig einen Beweis dafür, daß der zu zahlende Kaufpreis bereits erlegt ist. Die F. versieht also nebenbei noch die Funktionen einer Quittung. Quittung im technischen Sinne, ist sie aber schon um deswillen nicht, weil der Name des Leistenden und die Unterschrift des Gläubigers fehlt.

Die F. ist kein Lgz. Die Bahn will bei der Leistung nicht auf den zu Grunde liegenden Vertrag zurückgehen, sie kann das auch gar nicht, wenn sie nicht bei dem heute herrschenden Massenverkehre dessen rasche Abwicklung unmöglich machen will. Wäre die F. ein Lgz., so müßte der Reisende unter Umständen noch einen anderen Nachweis seiner Berechtigung führen. Durch das Zeugnis des Schalterbeamten wird er dies kaum tun können, da die Beamten bei der Verabreichung der F. sich in den seltensten Fällen den Reisenden genau ansehen. Auch durch das Zeugnis der etwa zu gleicher Zeit am Schalter stehenden Personen den Beweis zu führen, ist äußerst schwierig und zeitraubend. Der Reisende müßte es also auf einen Prozeß und auf einen Beweis durch Eidesleistung ankommen lassen. Er wäre also lediglich auf den guten Willen der Bahn angewiesen, ob ihn diese auf Grund der F. befördern will, oder noch einen anderen Nachweis verlangen will, was aber gleichbedeutend ist mit dem Ausschluß von der Beförderung auf lange Zeit. Dieser Zustand ist unerträglich.

Er entspricht aber durchaus nicht der Verkehrssitte, die doch bei der Entscheidung unserer Frage immer herangezogen

werden muß. In den weitesten Kreisen des Volkes herrscht die Anschauung, daß jeder Inhaber einer F. „mitfahren" darf, einen Anspruch auf die Fahrt hat, daß also die F. das Recht auf Beförderung verkörpert. Diese Anschauung wird auch durch die Gepflogenheiten bei der Kontrolle der F. durchaus bestätigt. Ohne Rücksicht auf die Person wird jeder, der eine gültige F. präsentiert, durch den Perron hindurchgelassen und zur Mitfahrt zugelassen.

Die Fahrkarte liefert für den Reisenden und für das Bahnpersonal über das Reiseziel, die Zuggattung und die Wagenklasse Beweis. Sie ist auch Trägerin des Anspruches. Zur Fahrt ist nicht nur der berechtigt, der die F. durch Vertrag mit der Eisenbahn erworben hat, sondern jeder verfügungsberechtigte Inhaber, also auch jeder gutgläubige Erwerber einer gestohlenen oder verlorenen F., selbst wenn sie ohne den Willen der Eisenbahn in den Verkehr gelangt ist.

Zum Beweis unserer Behauptungen können wir auch einige gesetzliche Bestimmungen heranziehen. So lautet die Ausführungsbestimmung 1 zu § 13 EVO. Eine auf den Namen einer bestimmten Person lautende F. darf nur von dieser Person benutzt werden. Also e contrario. Die nicht auf den Namen lautenden Karten dürfen von jeder Person benutzt werden.

Daß der Gesetzgeber sich die F. als Isz. denkt, also als Träger des Anspruchs, geht aus § 16 Abs. 2 EVO. hervor.

Ferner bestimmt § 16 EVO., daß jedem Reisenden mit einem gültigen Fahrtausweis die Mitfahrt gestattet werden muß.

Beim Lgz. entscheidet der zu Grunde liegende Vertrag. Deshalb kann aus gestohlenen Lgz. natürlich eine Haftung nicht konstruiert werden. Anders bei Isz. Hier muß die Bahn auch dem gutgläubigen Präsentanten eines Isz. leisten.

Daß die Bahn eine Haftung auch aus gestohlenen F. anerkennt, geht aus Zeitungsnotizen der letzten Zeit hervor, nach denen die Bahn eine Anzahl Präsentanten gestohlener F. befördert hat, da sie ihnen den Nachweis der Nichtberechtigung nicht erbringen konnte. Wären die F. Lgz., so hätten vielmehr die Präsentanten der F. ihre Berechtigung beweisen müssen.

Gegen die Gefahr, auch Inhabern gestohlener F. leisten zu müssen, sucht sich die Bahn dadurch zu schützen, daß sie die Kreation in zwei zeitlich auseinanderfallende Akte trennt,, den Druck und das Versehen mit dem Datumstempel. Erst wenn die F. das Datum trägt, ist sie ausgestellt. Weist die Bahn nach, daß der Datumstempel nicht von einer dazu ermächtigten Person aufgedruckt worden ist, daß also die F. gefälscht ist, so braucht sie nach § 796 BGG. nicht leisten (vergl. S. 99).

Natürlich scheiden bei unserer Betrachtung vor allem die mit einem Namen versehenen Fahrtausweise aus, ferner z. B. alle Ausweise für Bahnbeamte. Diese sind nur für die Angehörigen eines bestimmten Standes ausgestellt, also schon deswegen keine Isz.

Fast die gesamte Literatur steht auf dem Standpunkt, daß die F. ein Isz. ist[117].

Als besonders charakteristisch führe ich eine Entscheidung des Frankfurter Stadtamtes[118] an: Eine weitere Prüfung der Legitimation durch den Beamten als der Besitz ist geradezu ausgeschlossen.

Vielfach wird der Charakter der F. als Isz. deswegen geleugnet, weil diese nicht zum Umsatze bestimmt sind[119].

Wenn nun wohl die Zirkulationstendenz ein häufig

[117] Föhl aaO. I, 635, Anm. 10; Fuchs aaO. S. 14; Kuntze aaO. 595, 518; Unger aaO. 90 94; Oertmann aaO. zu 807; ferner Planck und Staudinger.

[118] Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 14, S. 522.

[119] Jacobi.

vorhandenes Charakteristikum der Isz. ist, so ist sie doch keineswegs zum Charakter eines Isz. unbedingt erforderlich. Der Zweck, den der Aussteller hauptsächlich mit der Ausstellung eines Isz. verfolgt, ist der, ein zur Zirkulation geeignetes Papier zu schaffen und dadurch eine Erleichterung des Verkehrs herbeizuführen, namentlich auch eine erleichterte Abwicklung des Schuldverhältnisses zwischen Gläubiger und Schuldner[120].

Wer also eine F. hat, hat ein Recht darauf, mitzufahren, wer keine F. hat, darf nicht mitfahren, er muß eine neue Karte lösen, auch wenn er den Nachweis führen kann, daß er bereits bezahlt hat und daß ihm noch nicht erfüllt worden ist.

Fährt ein Reisender, der den Fahrpreis bezahlt, aber die Fahrkarte verloren hat, trotzdem mit, so begeht er einen Betrug. Denn durch das Mitfahren erregt er im Bahnpersonal den Irrtum, daß er im Besitze einer gültigen F. sei. Er veranlaßt das Personal dadurch, ihn mitfahren zu lassen und schädigt so die Bahn um den Preis der F.

Das oberste Landesgericht hat am 13. Juli 1905 entschieden, daß nach § 10—21 der EVO. die Benützung der Eisenbahn durch einen Reisenden die Lösung und den Besitz einer gültigen F. voraussetzt, ohne welche derselbe keinen Platz im Zug nehmen darf.

Beyersdorf[121] rechnet die F. zu den Legitimationspapieren, behauptet aber trotzdem: für einen Reisenden, welcher eine gültige F. hat, spricht immer die Vermutung der Zahlung und des Beförderungsvertrages, nur durch einen Gegenbeweis der Eisenbahn ist dieser zu entkräften. Damit aber schwindet ein wesentliches Merkmal des Lgz., die F. unterliegt denselben Beweisregeln wie ein Isz.

---

[120] Pappenheim aaO. S. 84.

[121] aaO.

Beyersdorf unterscheidet also entweder diese beiden Begriffe nicht scharf oder er rechnet unbewußt doch die F. zu den Isz.

Als letzten Beleg dafür, daß die F. ein Isz. ist, führen wir die Entscheidung an in JW. 05. 4264, die es ablehnt, die Fahrkarte zu den Lgz. zu zählen.

§ 26.

Besonderer Betrachtung bedürfen noch die Rückfahrkarten (R.), deren rechtliche Natur früher sehr umstritten war. Die Frage ist auch heute noch unentschieden, ihre Bedeutung ist aber durch die tatsächlichen Verhältnisse abgeschwächt, da nach der jetzt geltenden EVO. R. in äußerst beschränktem Maße ausgegeben werden. Der Charakter der heute üblichen R. weicht wohl auch von dem der früheren ab.

Die heute gebräuchlichen R. werden zu demselben Preise ausgegeben, wie zwei einfache Karten über dieselbe Strecke. Sie gewähren dem Reisenden keine Fahrpreisermäßigung, sondern nur eine gewisse Erleichterung bei der Lösung. Der Bahn ist es vollkommen gleichgültig, ob die Hin- und Rückfahrt von derselben Person angetreten wird, auch die R. ist selbst, nachdem die Hinfahrt angetreten, ja vollendet ist, übertragbar.

Die früher üblichen R. gewährten dem Reisenden, der dieselbe Strecke innerhalb einer bestimmten Zeit hin und zurückfuhr, insofern eine Vergünstigung, als der Fahrpreis der R. geringer war als der zweier einfacher über dieselbe Strecke lautender F. Dabei ging die Eisenbahn von der Erwägung aus, dem Reisenden, der dieselbe Strecke innerhalb einer bestimmten Zeit hin und zurückfuhr, eine Begünstigung zu gewähren. Diese Vergünstigung sollte aber eben nur der haben, der die Strecke auch hinfuhr. Die in der R. verbriefte Leistung war also als eine unteilbare

und deshalb als eine nach Beginn der Hinfahrt unübertragbare gedacht. Vor Beginn der Fahrt konnte also der Reisende das Billet beliebig übertragen, nur nach Beginn der Fahrt war eine Übertragung ausgeschlossen.

Wir werden also auch die R. als Isz. ansehen dürfen, da sie ja übertragbar sind und sich nur dadurch von anderen Isz. unterscheiden, daß die Leistung unteilbar ist, deshalb nach Beginn der Fahrt eine gewisse Unübertragbarkeit eintritt. Dieselbe Erscheinung haben wir ja schon bei den Theaterbillets kennen gelernt.

Schneeli[122] hält die R. für ein Namenpapier.

Die Rundreisekarten, ferner die in der Schweiz üblichen Abonnementskarten, sowie die in Baden früher gebräuchlichen Kilometerhefte fallen außerhalb des Rahmens unserer Betrachtung, da sie alle den Namen des Berechtigten nennen.

§ 27.

Das Straßenbahnbillet (S.)

Über den juristischen Charakter des S. gehen ebenfalls die Meinungen weit auseinander. Deshalb haben die Straßenbahngesellschaften die Tendenz, durch einen entsprechenden Aufdruck auf den S. dessen Eigenschaften zu präzisieren. So finden wir vielfach die Aufdrucke: „Fahrschein und Quittung über 10 Pfennige." „Ausweis für diejenige Person und Fahrt, für die sie gelöst." Fahrgeldausweis für 10 Pfennige."

Von vielen wird ähnlich wie beim Theaterbillet und der Eisenbahnfahrkarte das S. als Quittung angesehen.

[122] aaO. S. 89/90.

Zur Bekämpfung dieser Ansicht verweisen wir auf das bei der Fahrkarte Gesagte.

Wenn wir die Vorgänge bei der Lösung eines Theater- und Eisenbahnbillets einerseits und eines S. anderseits vergleichen, so kommen wir zu einem markanten Unterschied. Mit wenig Ausnahmen werden die S. erst dann ausgegeben, wenn die Leistung, über die das Billet ausgestellt wird, bereits von dem Fahrgast zum Teil entgegengenommen ist. Das S. kann also auf keinen Fall den Inhaber zur Empfangnahme der Leistung legitimieren, denn der Schuldner hat ja die Leistung schon begonnen, ehe der Gläubiger im Besitze des Billets war. Das S. muß also andere Funktionen erfüllen.

Es ist zunächst zu untersuchen, wann der Vertrag mit der Straßenbahngesellschaft geschlossen ist. Schon im Moment des Einsteigens in den Wagen oder erst dann, wenn der Schaffner steigens in den Wagen oder erst dann, wenn der Schaffner dem Fahrgast das Billet verabfolgt? Im ersteren Falle würde die Bahn durch das Bereitstellen der Wagen eine Offerte ad incertam personam machen, das Einsteigen wäre als Annahme dieser Offerte anzusehen. Im andern Falle wäre das Einsteigen als Offerte des Fahrgastes aufzufassen und das Ausstellen des Billets als Annahme dieser Offerte.

Eine Offerte ad incertam personam liegt dann vor, wenn eine Offerte in der Art gemacht wird, daß sie von einem unbestimmt großen Personenkreis akzeptiert werden kann. Sohm[123] unterscheidet hier noch eine Offerte an das Publikum und eine Offerte a. i. P. er erblickt den Unterschied darin, daß die Offerte an das Publikum lautet: Jedem der will, während die Offerte a. i. P. lautet: Jedem der annimmt. Doch erscheint mir dieser Unterschied für die gegenwärtige Untersuchung unwesentlich, vielmehr liegt eine Offerte a. i. P. und eine Offerte an das Publikum dann

[123] Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 17, S. 167.

vor, wenn eine Offerte in der Art gemacht wird, daß sie von jedem beliebigen aus einem unbestimmt großen Personenkreis angenommen werden kann.

Es ist heute unbestritten, daß eine Offerte a. i. p. rechtlich sehr wohl möglich ist, deshalb kann auch das Bereitstellen der Wagen als Offerte aufgefaßt werden. In der Tat erscheint mir die Auffassung richtig[124].

Nach allgemeiner unbestrittener Meinung[125] ist ein Rechtsgeschäft nur dann vorhanden, wenn alle seine essentialia vorhanden sind, insbesondere ist ein Vertrag erst dann zu Stande gekommen, wenn sich die Parteien über sämtliche wesentlichen Punkte geeinigt haben. Es sind hier nicht die subjektiv wesentlichen Punkte im Sinne des § 154 BGB. gemeint, sondern die objektiv wesentlichen, ohne die begrifflich der Vertrag nicht bestehen kann.

Die objektiv wesentlichen Punkte sind hier die Einigung über die Strecke und den Fahrpreis. Und die liegt zweifellos schon beim Einsteigen in den Straßenbahnwagen vor. Die Gesellschaft ist verpflichtet, mit allen Personen, sofern sie gewissen Anforderungen entsprechen, einen Vertrag abzuschließen. Für solche Personen, die den betreffenden Anforderungen nicht genügen, gilt die Offerte nicht. Anderseits hat die Gesellschaft durch Aushängen und Bekanntmachen ihres Tarifs die Bedingungen bekannt gegeben, unter denen sie kontrahieren will. Die Offerte an das Publikum lautet also: Ich lade jeden ein, unter den bei mir üblichen Bedingungen mitzufahren. Durch das Einsteigen gibt der Fahrgast seinen Willen kund, unter diesen Bedingungen mitzufahren. Damit ist der Vertrag perfekt.

Da es nun einerseits dem Schaffner nicht möglich ist, bei dem großen Wechsel des Publikums sich zu merken, welche Fahrgäste schon bezahlt haben, da es anderseits nicht immer

[124] Vergl. Binder, Praktikum 1908/09.

[125] Cosack S. 176; Dernburg S. 376.

möglich ist, mit demselben Wagen an das Ziel zu gelangen, sondern ein Wagenwechsel erforderlich ist, mußte die Bahn für diese Fälle eine Einrichtung treffen, die den Fahrgästen einen leichten Nachweis ermöglicht, daß sie bezahlt, daß sie damit fahrberechtigt ist.

So entstand das S., das fast ausschließlich erst dann gegeben wird, wenn die Verpflichtung bereits teilweise erfüllt ist, das also diese nie verkörpern kann.

Das S. dient einmal zur Kontrolle der Schaffner. Die Straßenbahn hat eine große Zahl von Schaffnern, die mit der Einziehung der Gelder betraut sind. Um eine Hinterziehung dieser Gelder zu verhüten, ist dann die Einrichtung getroffen worden, dem Schaffner eine Anzahl fortlaufend numerierter S. zu übergeben.

Die Schaffner haben die Verpflichtung, jedem Fahrgast ein Billet zu verabfolgen. Daß sie der Verpflichtung nachgehen, wird durch besondere Kontrolleure überwacht.

Bei der Abrechnung hat dann der Schaffner für nicht mehr vorhandene Billets den Gegenwert abzuliefern, so hat die Bahn eine gute Kontrolle über ihre Angestellten.

Ferner aber dient das S. dazu, dem Reisenden den Nachweis seiner Berechtigung zu erleichtern. Der Schaffner wird nicht immer in der Lage sein, sofort entscheiden zu können, ob ein bestimmter Fahrgast bereits bezahlt hat. Deshalb legitimiert das S. den Inhaber prima vista zur Mitfahrt.

Das S. ist also Beweismittel dafür, daß der Fahrgast den Fahrpreis bezahlt hat. Das S. ist qualifiziertes Beweismittel, d. h. es ist nicht ein Mittel, sondern das einzige Mittel, den in Frage stehenden Beweis zu führen.

Jeder andere Beweis, etwa Berufung auf das Zeugnis mitfahrender Personen, ist deshalb unlässig, weil derartige umständliche Verhandlungen dem Charakter des Massenver-

kehrs nicht entsprechen würden. Diese Eigenschaft geht teilweise aus einem entsprechenden Aufdruck auf dem S., oft auch aus den Betriebsbestimmungen hervor, die fast immer die Bestimmung enthalten, daß jeder ohne S. betroffene Fahrgast noch einmal ein Billet lösen, sich erneut den lege contractus einzig zulässigen Nachweis seiner Berechtigung verschaffen muß. Der Fahrgast, der kein Billet hat, muß entweder aussteigen oder nachlösen.

Das Landgericht I Berlin sieht in der Nachlösungsanordnung die Vereinbarung einer Konventionalstrafe für den Fall, daß der Fahrgast seiner Verpflichtung, das Billet aufzubewahren, nicht nachkomme.

Allerdings nur die nach Besteigen des Wagens ausgegebenen S. sind Lgz. Einer besonderen Würdigung bedürfen noch die z. B. in Darmstadt üblichen Dutzendkarten. Diese Karten werden vor Antritt der Fahrt, also vor Abschluß des Transportvertrages ausgegeben, sie sind Isz. Denn jeder Inhaber solcher Karten hat das Recht, durch Innehabung des Billets legitimiert, die Fahrt anzutreten. Denselben Standpunkt vertritt auch Kempner[126]: Wo man aus Rücksichten der geschäftlichen Bequemlichkeit die Einrichtung dahin getroffen hat, daß man unabhängig vom Antritt der Fahrt die Billets und damit zugleich das Recht zur Fahrt erlangt, da ist durch diese Ausnahmen auch ein besonderer von den übrigen abweichender Rechtscharakter dieser Billets begründet worden. Diese ähneln den Eisenbahnbillets.

Staudinger[127] erklärt das S. für ein Isz., Fuchs[128] nur als Quittung und Kontrollzeichen. Die Fuchssche Ansicht entspricht der hier vertretenen, wenn sie sich auch einer anderen Ausdrucksweise bedient.

[126] aaO. S. 14.
[127] aaO. § 807 BGB. I.
[128] aaO. S. 33.

Schneeli[129] vertritt ebenfalls den Standpunkt, daß das S. kein Isz. sei, Seelmann[130] faßt das Billet als Zahlungsausweis, den er von der Quittung unterscheidet, und als Kontrollzeichen auf. Die letzte Ansicht dürfte vollkommen mit der hier vertretenen harmonieren. Sie hat von der von Fuchs vertretenen, sonst ziemlich ähnlichen Ansicht das voraus, daß sie ebenso wie die vorliegende Abhandlung Zahlungsausweis und Quittung trennt.

Das gewöhnliche S. soll also nur zur Legitimation des Fahrgastes bei der Kontrolle dienen. Wenn der Fahrgast den Wagen verläßt, hört der Transportvertrag auf, hiermit verliert auch das Billet seine Gültigkeit. Ausnahmen gelten nur für den Umsteigefahrschein. Dieser berechtigt den Fahrgast, ohne nochmalige Zahlung des Fahrpreises auf den entweder auf den Billeten angegebenen oder in den Betriebsbestimmungen der Gesellschaft aufgezählten Umsteigestellen die Fahrt solange zu unterbrechen, bis er sie mit einem Wagen der anstoßenden Linie fortsetzen kann. Auch das Umsteigebillet ist qualifizierte Beweisurkunde. Bei Verlust eines solchen Fahrscheines muß also der Fahrgast entweder aussteigen oder einen neuen Fahrschein lösen, selbst wenn etwa Passagiere oder der Schaffner des verlassenen Wagens dem Schaffner des Umsteigewagens bestätigen würden, daß der Fahrgast bereits einen auch für den Umsteigewagen gültigen Fahrschein gelöst.

§ 28.

Die Briefmarke.

Fuchs[131] hält die Bfm. ebenso wie die anderen Postwertzeichen für Isz., die jeden Inhaber berechtigen, eine be-

[129] aaO. S. 65.
[130] Archiv für Bürgerl. Recht Bd. 25, S. 191.
[131] aaO. S. 13.

stimmte Leistung, wie die Beförderung eines Briefes oder einer sonstigen Sendung, vom Staate zu verlangen. Diese Ansicht ist aber falsch, denn einmal muß ja die Post, abgesehen von Drucksachen, gewöhnliche Postsendungen auch unfrankiert befördern, eine Tatsache, die gegen das Wesen der Bfm. als Isz. spricht. Wäre die Briefmarke ein Isz., so würde mit dem Kauf der Inhaber das Recht erworben haben, Briefe von bestimmter Art innerhalb einer bestimmten Zone unter gewissen, schon z. Zt. des Kaufabschlusses normierten Bedingungen befördern zu lassen. Dieses Recht könnte die Post nicht durch neue Bestimmungen einseitig abändern. Tatsächlich aber hat die Post dieses Recht.

Kohler bestreitet die Inhaberpapierqualität der Bfm. wegen Unbestimmtheit des Vertragsinhaltes. Die in der Bfm. verkörperte Forderung wäre eine Forderung dahingehend, daß Briefe von bestimmter Schwere nach Auswahl des Absenders von beliebig welchen Orten an beliebig welche Orte transportiert würden, sodaß nur der Umkreis Maß und Ziel gäbe. Dazu käme noch, daß auch eine kombinierte Markenbenützung möglich wäre, so daß eine unerträgliche Unbestimmtheit der Obligation die Folge wäre.

Manche [131a] sehen das Entgelt, das die Post erhält, als eine Art Steuer an und also die Bfm. als eine Art Steuerentrichtung. Diese Ansicht beruht auf der historischen Entwicklung in früheren Zeiten und führt dazu, die Bfm. als Geldsurrogat anzusehen.

In früheren Zeiten war das Postwesen unbestritten ein Regal, das in Form des Lehens vielfach vergeben wurde. Maßgebend war lediglich das Moment wirtschaftlicher Ausbeutung. Erst später kam der Gedanke auf, daß die Post nebenbei auch Wohlfahrtsanstalt sei. Aus diesen Gedanken heraus wurde dann die Post als eine Anstalt angesehen,

[131a] Vgl. Siber, Praktikum des bürgerl. Rechts 1908/09.

die von Anfang an nur dazu gedient habe, Verkehrsinteressen zu erfüllen. Diese Ansicht beruht auf der analogen Behandlung eines ähnlichen Instituts, des Eisenbahnwesens. Beide Institute aber haben eine durchaus verschiedene historische Entwicklung. Während die Eisenbahnen deswegen vom Staate betrieben werden, um die Interessen der Allgemeinheit besser wahrnehmen zu können, als dies bei einem Betriebe durch Private bei beabsichtigter Erzielung eines möglichst hohen Gewinnes geschehen könnte, diente das Postwesen tatsächlich anfänglich hauptsächlich Erwerbszwecken. Erst später, als sich das Postwesen entwickelte, wurde auch das Moment der Berücksichtigung wirtschaftlicher Volksinteressen gewahrt, ohne daß dadurch freilich der Charakter des Postwesens geändert worden wäre.

Die Ausübung des Regals wurde nun als Belohnung an einzelne als Lehen gegeben oder an einzelne ähnlich den Steuerverpachtungen Roms verpachtet. Die Berechtigten zogen dann von jedem einzelnen, der die Post benutzte, die Steuer in Form des Portos ein.

Im allgemeinen wird auch das heutige Porto aus demselben Grunde erhoben.

Wenn wir die Abgaben, die dem Staate zu entrichten sind, in Gebühren und Steuern einteilen, so ist das Porto als eine Gebühr anzusehen, als eine vom Staat einseitig normierte Abgabe, welche aus Anlaß spezieller Inanspruchnahme öffentlicher Behörden oder Anstalten nicht wirtschaftlicher Art von demjenigen zu entrichten ist, welcher die Leistung oder Handlung veranlaßt hat. Das Porto ist ein spezielles Entgelt für eine bestimmte Tätigkeit öffentlicher Organe[132].

Allerdings tritt der Charakter des Portos als spezielles Entgelt für die spezielle Tätigkeit der Post, der nach dem Interesse des einzelnen an der Tätigkeit des Staatsorgans

[132] Vergl. v. Eheberg, Finanzwissenschaft 9. Aufl., S. 138.

festgesetzt wird, nicht mehr deutlich in die Erscheinung. Dies können wir aber bei allen Gebühren beobachten. Mit der Entwicklung des Verkehrs wurde es unmöglich, wie bisher die Abgabe bei jedem einzelnen Falle, indem die Tätigkeit des Regalausübenden in Anspruch genommen wurde, nach Gewicht der Sendung und Entfernung des Bestimmungsortes zu berechnen. Es traten Pauschalsätze an die Stelle der Einzelberechnungen. Der Verkehr vollzog sich jetzt so, daß die einzelne Sendung von einem Beamten gegen Bezahlung der darauf entfallenden Pauschalabgabe in Empfang genommen wurde. Dies erforderte aber mit der Zeit einen großen Personalbestand. Deshalb verfiel man mit der Zeit in England darauf, die Abgabe der Sendung ohne Mitwirkung eines Beamten einfach durch Ausstellung des Briefkastens zu bewerkstelligen. Da es aber zu umständlich gewesen wäre, das Entgelt für die Beförderung in bar der Sendung beizufügen, mußte man einen Ausweg suchen.

Diesen fand man darin, daß man einen leicht herzustellenden, leicht transportablen und mit der Sendung leicht verbindlichen Gelderſatz schuf, die Briefmarke. Jetzt kann jeder Geld gegen beliebig viel Bfm. umtauschen und mit diesem Gelderſatz die Sendung versehen.

Die Einrichtung des Strafportos ist ähnlich wie bei der Wechselmarke als eine Strafe dafür anzusehen, daß die Abgabe nicht rechtzeitig bezahlt wurde.

Wie häufig so benutzte auch die Post die Einrichtung der Bfm. bald auch dazu, dieselbe mit Kontrollfunktionen auszustatten. Wo die Postsendungen einem Beamten wegen Erfüllung von Formalitäten abgegeben werden müssen, z. B. bei Einschreibebriefen, ist es an sich unnötig, Bfm. aufzukleben, da ja die Gebühr dem Beamten sofort in bar bezahlt werden kann. Indessen ist hier die Bestimmung getroffen worden, daß der Annahmebeamte die Sendung mit Bfm. zu versehen hat. Da er bei der Abrechnung mit der

Posthauptkassa entweder die ihm übergebenen Postwertzeichen wieder abliefern muß oder deren Wert in bar, hat die Post eine leichte Kontrolle über die von dem Beamten vereinnahmten Beträge.

Einen ähnlichen Charakter haben die Wechselstempelwarten und neuerdings auch die Scheckstempelmarken. Sie unterscheiden sich von den Postwertzeichen nur dadurch, daß sie nicht eine Art der Gebühr-, sondern der Steuer- Steuerentrichtung sind.

Einen im wesentlichen gleichen Standpunkt vertritt offenbar Brunner[133].

„Bfm. sind keine Wertpapiere (also auch keine Jfz.), sondern nur Wertzeichen, deren Funktion darin besteht, daß sie für gewisse vom Staat geforderte Gebühren als ein in bestimmter Form anzuwendendes Zahlungsmittel gelten.

Knies[134]: Bfm. sind keine Wertpapiere, sondern papierene Werte, Wertfunktionen, die einer Sache als solcher unterscheidbar von ihr einverleibt werden sollen.

Kohler[135] erklärt die Briefmarke für einen Wertträger, ein Analogon des Geldes. Es sei ein relatives Zahlungsmittel, das nur der Post gegenüber Wertcharakter habe und auch dies nur in bestimmter Weise.

Daß Bfm. oft in Zahlung gegeben werden, ist eine sekundäre Erscheinung, die auf den juristischen Charakter der Bfm. ohne jeden Einfluß ist. Eben weil die Bfm. bestimmt sind, die der Post zu entrichtende Gebühr darzustellen, heute wohl jeder die Post in Anspruch nimmt und deshalb Gelegenheit hat, die Bfm. bei der Gebührentrichtung zu verwerten, sind die Bfm. sehr beliebt, bei der

[133] aaO.
[134] Kredit I, S. 197.
[135] aaO.

Zahlung von kleineren Beträgen nach auswärts verwendet zu werden.

Kuntze[136] erklärt die Bfm. als Legitimationspapiere, die Quittungen über anticipierte Geldleistungen vertreten.

§ 29.

Die Invalidenmarke.

Rosin[137] rechnet die Invalidenmarke zu den Jfz., ebenso Planck und Ortmann[138]. „Das Versprechen, das die Versicherungsanstalt in der Marke abgibt, besteht darin, daß die letztere bei der Beitragsentrichtung in Zahlung genommen und auf die dem Inhaber geschuldete Versicherungsleistung in Anrechnung gebracht werde.

Aus diesem Wortlaut geht zunächst einmal hervor, daß zum mindesten nicht der Inhaber einer einzelnen Marke von der Versicherungsanstalt eine Leistung versprochen erhält, sondern höchstens der Inhaber einer bestimmten Anzahl. Schon um deswillen kann also nicht die einzelne Marke eine Leistung verkörpern, sondern nur eine bestimmte Anzahl in der Gesamtheit.

Aber auch der Inhaber einer bestimmten Anzahl kann von der Anstalt eine Leistung nicht verlangen.

Nehmen wir z. B. an, die Anstalt X zahlt jedem, der tausend Wochen bei ihr versichert ist, eine Invalidenrente. Der Betrag, den der Versicherte zu entrichten hat, wird in der Weise bezahlt, daß in ein bestimmtes Buch vom Versicherten wöchentlich eine Marke geklebt wird. Nach der von Rosin vertretenen Ansicht müßte die Anstalt einer ihr

---

136 aaO. S. 519.

137 Arbeiterversicherung II, S. 415.

138 zu 807.

gänzlich unbekannten Person, die nur die genügende Anzahl Marken geklebt hat, leisten. Die Berechtigung des Versicherten beruht nicht auf der Innehabung einer Anzahl Marken, sondern auf dem Versicherungsvertrage. Auf Grund dieses Vertrages muß er auch Zahlung leisten, d. h. kleben. Die Zahlung könnte an sich auch in der Weise erfolgen, daß immer am Schluß einer bestimmten Zeit der fällige Betrag bei einem Beamten eingezahlt wird. Diese Methode wäre aber bei der großen Zahl der Versicherten sehr langwierig und kostspielig. Deshalb wählte man einen ähnlichen Ausweg wie bei der Briefmarke. Der Versicherte entrichtet den fälligen Betrag dadurch, daß er einen bestimmten Geldbetrag gegen Marken umtauscht und diese in ein dazu bestimmtes Buch klebt. Die Anstalt kann dann jederzeit übersehen, ob die fälligen Beträge entrichtet sind, ob der Versicherte auch schon lange genug bei ihr versichert ist, um von ihr eine Leistung verlangen zu können.

Die Invalidenmarke fällt also nicht unter 807.

Wie wir gesehen haben, wird das Fz. erst dann entwertet, wenn die Leistung erfolgt ist bezw. teilweise erfolgt ist. Die Invalidenmarken werden dadurch entwertet, daß sie beim Einkleben mit dem Datum versehen werden, unter Umständen also lange vor der Leistung. Die Entwertung hat auch hier nicht den Zweck, zu beweisen, daß eine Leistung erfolgt ist, sie soll lediglich dartun, für welche Zeit die Marke geklebt ist. Von einer Entwertung im eigentlichen Sinne kann man also gar nicht sprechen, es handelt sich vielmehr darum, der Anstalt die Kontrolle zu erleichtern, ob die fälligen Beträge entrichtet sind. Sie braucht bloß kontrollieren, ob die Marken mit fortlaufenden Daten versehen sind.

§ 30.

Der Gepäckschein.

Der Gepäckschein ist eine dem Reisenden bei der Gepäckauflieferung übergebene Urkunde, welche neben dem Aufdruck die Angabe enthält, daß Gepäckstücke, deren Anzahl verzeichnet ist, an einem bestimmten Tage zu einer bestimmten Zeit am Aufgabeort nach einem bestimmten Orte aufgegeben sind. Auf der Rückseite steht: Gegen Rückgabe dieses Scheines wird das umseitig bezeichnete Gepäck ausgeliefert.

Daraus folgert Thöl[139]: Da der Gpf. an den Inhaber lautet, so sind die Rechtssätze über Inhaberpapiere anzuwenden.

Endemann[140]: Es wird von der Eisenbahn dem Auflieferer ein Gpf. ausgestellt, der nicht auf den Namen lautet, also Inhaberpapier ist. Diese Schlußfolgerung ist falsch, ich verweise auf Seite 9. Dort ist nachgewiesen worden, daß nicht jede Urkunde deswegen Inhaberpapier ist, weil sie über den Namen des Berechtigten keinen Aufschluß gibt. Daß der Gpf. nicht auf Namen lautet, ist in der Natur des Eisenbahnverkehrs und namentlich der Art der Gepäckauflieferung begründet.

Der Gpf. ist kein Ifz. Beim Ifz. ist das Recht aus dem Papier vom Recht am Papier abhängig, nur der Inhaber kann das Recht aus dem Papier geltend machen. Nicht einmal der nichtinnehabende Eigentümer ist berechtigt. Eine Leistung an diesen würde die Eisenbahn nicht befreien.

Auf den ersten Schein bestätigt § 33 EVO. die Annahme, daß der nichtinnehabende Eigentümer sein Gepäck

---

[139] Handelsrecht III, S. 113.

[140] Recht der Eisenbahn 682.

nicht herausverlangen kann. Allein nach § 34 EVO. ist die Eisenbahn nicht nur dem Inhaber des Gpf. zur Auslieferung des Gepäcks verpflichtet, sondern jedem, der auf irgend eine Weise einen glaubhaften Nachweis seines Rechtes erbringt. In Ausführung dieser Bestimmungen wird auch anstandslos jedem, der behauptet, Gepäck aufgeliefert, aber den Schein verloren zu haben, das Gepäck ausgeliefert, wenn er nur einen dem Beamten genügenden Nachweis seiner Berechtigung führt. Wenn jemand an die Gepäckabgabestelle kommt und dort ohne Gpf. das Gepäck verlangt, so wird der Beamte sich zunächst von dem Reisenden das Gepäck beschreiben lassen. Er wird das Gepäck holen und sich weiterhin von der Berechtigung des Reisenden dadurch überzeugen, daß er sich den Inhalt der Gepäckstücke beschreiben läßt und die Richtigkeit dieser Angaben durch Öffnen nachprüft. Kommt er dann zur Überzeugung, daß der Reisende berechtigt ist, das Gepäck zu verlangen, so wird er es ihm hinausgeben.

Der Gpf. ist also kein Jfz. Da er auch kein Namenspapier ist, muß er Lgz. sein. Er soll also lediglich die Legitimation erleichtern, sein Besitz aber übt auf das Rechtsverhältnis an sich keinerlei Einfluß aus. Wesentlich ist der Besitz nur insofern, als er die Eisenbahn durch gutgläubige Leistung auch an einen Nichtberechtigten befreit werden läßt.

Wie schon oben erwähnt worden ist, wie auch Jacobi hervorhebt, ist das Jfz. überall da angebracht, wo es sich um fungible Leistungen handelt, wo beliebeg viel Verträge gleichen Inhalts abgeschlossen werden. Da aber das Reisegepäck den höchstpersönlichen Bedürfnissen des Reisenden entspricht und deshalb in jedem einzelnen Falle verschieden ist, kann auch die Herausgabe nicht fungibel sein. Dies kommt auch im Gpf. selbst zum Ausdruck. Dieser ist mit einer auf dem Gepäck angebrachten gleichlautenden Nummer

versehen und dient also zusammen mit der Angabe des Gewichtes und des Bestimmungsortes dazu, die Leistung zu spezialisieren[141].

§ 31.

Die Garderobemarke.

Auch sie ist Lgz.

Die Gm. ist aus praktischen Bedürfnissen des täglichen Lebens entstanden. Das Personal an der Garderobe nimmt in verhältnismäßig kurzem Zeitraum eine große Anzahl Sachen in Verwahrung. Bei der Schnelligkeit, mit der sich, namentlich unmittelbar vor Beginn der Vorstellung, der Abschluß des Aufbewahrungsvertrages vollzieht, ist es dem Personal unmöglich, sich die Person des einzelnen Kontrahenten einzuprägen. Es muß deshalb ein Mittel gesucht werden, welches im Interesse der Geschäftsabwicklung die Direktion gegen die Ansprüche des Deponenten sichert, dessen Sachen an einen andern herausgegeben sind, sofern sie dabei kein Verschulden trifft.

Dieses Mittel ist die Gm. In der Hingabe und Annahme liegt eine Vereinbarung über den Modus der Rückgabe der aufbewahrten Gegenstände. Kuntze[142] formuliert das Verhältnis als eine zu Gunsten des Ausstellers aufgestellte Fiktion: Der Vorzeiger gilt vertragsmäßig als Mandatar des Gläubigers, dieser muß die hieraus zu Gunsten des einlösenden Ausstellers folgenden Konsequenzen gegen sich gelten lassen.

An und für sich will also der Gardrobier die Garde-

[141] Eger aaO.; Fuchs aaO. S. 25; Cosack, Bürgerl. Recht II, 418; Lehmann-Ring § 246, Nummer 18.

[142] aaO. S. 400.

robe nur dem Auflieferer herausgeben. Als Legitimation gibt er diesem die Gm. Der Auslieferer hat also, im Besitze der Gm., die Gewähr, daß die Sachen keinem Unberechtigten ausgeliefert werden, dann bekommt er durch Vorzeigen der Gm. regelmäßig ohne einen weiteren Nachweis seiner Berechtigung auf die sicherste und kürzeste Weise seine Sachen zurück.

Auch der an der Garderobe abgeschlossene Vertrag hat keine fungible Leistung zum Gegenstand. Der Inhaber als solcher hat kein Recht an der Gm. Andererseits bekommt der Auflieferer die aufbewahrten Sachen, selbst wenn er die Gm. nicht mehr hat und nur auf andere Weise sein Recht beweist, etwa in der im § 30 geschilderten Art.

Gareis sagt[143] die Legitimationsabsicht einzig und allein, also die Absicht, sich gegenüber einer privatrechtlich relevanten Tatsache legitimieren zu können, führt die Nehmer und die Absicht, gewisse Tatsachen kontrollieren zu können, die Aussteller zu dem Institute dieses Papieres[144].

Mutadis mutandis sind dieselben Erörterungen bei den Reparaturbons und Handwerkerzeichen maßgebend, die Gewerbetreibende ihren Kunden für Gegenstände übergeben, die sie zur Aufbewahrung oder Reparatur bekommen haben.

§ 32.

Die Rabattmarken, Kartoffelmarken, Standesbillets.

a) Rabattmarken.

„Gegen 100 Mark in Bons empfangen sie 5 Mark in Waren." Hier gewährt der Kaufmann dem Konsumenten

[143] Busch, Archiv Bd. 34, 103.

[144] Vergl. Brunner bei Endemann II, S. 206, Anm. 24. Kuhlenbeck, Komm. zum BGB. I, 555, Anm. 1.

eine Umsatzprovision und zwar nicht nur dem, der selbst für 100 Mark Waren seinem Geschäfte entnommen hat, sondern jedem, der 100 Mark Bons vorweist. Der einzelne Bons ist hier kein Isz., da der Inhaber kein Forderungsrecht hat, wohl aber sind es die für 100 Mark Waren abgegebenen Bons in ihrer Gesamtheit, mögen sie im einzelnen über noch so hohe oder niedrige Beträge lauten.

Noch deutlicher tritt uns dies in Geschäften entgegen, in denen das Rabattkartensystem eingeführt ist. Nehmen wir z. B. an, auch hier bekomme jeder, der für 100 Mark Bons hat, 5 Mark in Waren; der Vereinfachung halber werden nun beim Kauf statt der Bons Rabattmarken abgegeben, die dann auf eine Karte geklebt werden. Erst wenn die Karte vollständig beklebt ist, entsteht das Forderungsrecht des Inhabers gegen den Kaufmann, die einzelne Marke ist nur ein Teil des Isz.

Es ist also sehr wohl statthaft [144a] und auch allgemein üblich, solche Bons und Marken zu verschenken oder sonst zu übertragen, der Beschenkte darf sie einkleben und so sein Forderungsrecht auch aus solchen Marken „kombinieren", die er nicht selbst erhalten hat. Anders ist es natürlich, wenn aus der Marke selbst etwas anderes hervorgeht. Doch ist mir ein solcher Fall nicht bekannt.

Will das Geschäft nur einem bestimmten Kunden Rabatt oder den einzelnen Kunden verschieden hohen Rabatt gewähren, so ist meistens ein System üblich, nach dem in ein mit dem Namen des Kunden versehenes Buch die Warenlieferung eingetragen und dann nach einer bestimmten Zeit nach den Einträgen der Rabatt berechnet wird.

144a A. Siber.

b) Kartoffelmarken.

In den Ostprovinzen ist es üblich, den Gutsarbeitern ihren Lohn nicht in bar auszuzahlen, sondern in Marken, die sie dann bei bestimmten Gewerbetreibenden gegen Waren umtauschen können. Wir haben es also hier mit einer verfeinerten Naturalentlohnung zu tun. Die Frage des Verhältnisses des Gewerbetreibenden zum Inhaber scheidet aus. Es ist nur zu untersuchen, ob diese Marken jeden Gewerbetreibenden, der sie eingelöst hat, berechtigen, s. Zt. vom Aussteller die Leistung zu verlangen. § 807 läßt für die Entscheidung der Frage nach der Inhaberpapierqualität den Willen des Ausstellers maßgebend sein. Der Wille des Gutsherrn geht dahin, diese Marken nur bei bestimmten Gewerbetreibenden einlösen zu lassen, sie also auch nur von diesen wieder einzulösen. Aus erklärlichen Gründen. Er will eben nur den bestimmten, nicht jedem Gewerbetreibenden den Gewinn zukommen lassen. Die Marken sind also nur für einen bestimmten Personenkreis bestimmt. Innerhalb dieses Personenkreises kann das Recht aus der Marke von jedem geltend gemacht werden, der in diesen Kreis einbezogen ist[145].

c) Ähnlich ist es mit den sogenannten Standesbillets.

In vielen Etablissements ist es üblich, daß an Angehörige bestimmter Stände, z. B. Offiziere und Studenten, Karten zu ermäßigten Preisen abgegeben werden. Der Wille des Ausstellers geht ersichtlich darauf, diesen Personen, eben weil sie Angehörige des betreffenden Standes sind, Vergünstigungen zu gewähren. Innerhalb des Kreises der Standesgenossen sind die Billets frei übertragbar, während sie an andere Personen nicht übertragen werden können. Dies würde Betrug sein.

[145] Vergl. Entscheidung des Oberlandesgerichts Marienwerder; Seufferts Archiv Bd. 49, Nr. 155.

§ 33.

Bier- und Speisemarken.

Biermarken pflegen gewöhnlich ausgegeben werden, um die Verrechnung des Wirts mit den Kellnern zu erleichtern. Beim Eintritt tauscht der Kellner einen bestimmten Geldbetrag gegen eine Anzahl Biermarken um, deren jede über den Betrag der ortsüblich verschenkten Quantität Bier lautet Damit soll vermieden werden, daß der Schenkkellner bei der Bierausgabe die Geldstücke kontrollieren bezw. wechseln muß. In diesem Falle erfüllen also die Biermarken den Zweck des Geldersatzes.

Vielfach werden aber auch Biermarken an die Gäste verkauft. Diese können dann gegen Präsentation und Abgabe die betreffende Quantität Bier an der Schenke kaufen. Hier sind die Biermarken Isz.[146].

Die Speisemarken werden wohl nur in seltenen Fällen Isz. sein. Die Literatur behandelt gewöhnlich „Bier- und Speisemarken" unter demselben Gesichtspunkt. Aber die Gründe, die zur Schaffung dieser Marken geführt haben, sind verschieden. Die Speisemarken sollen demjenigen eine Vergünstigung gewähren, der in demselben Lokal öfters speist. Sie haben deshalb bei gleichzeitiger Abnahme einer bestimmten Anzahl eine Preisermäßigung zur Folge. Schon daraus geht hervor, daß der Aussteller nicht jedem Inhaber zur Leistung verpflichtet sein will, sondern nur dem, der innerhalb eines bestimmten Zeitraumes öfters bei ihm speist. Die Speisemarke ist also Namenspapier, auch wenn sie den Namen des Berechtigten nicht enthält.

---

[146] Gierke aaO. S. 161.

In großen Restaurants werden Speisemarken zu ermäßigten Preisen deshalb abgegeben, um den Gast zu veranlassen, sich gleichzeitig eine größere Anzahl Marken zu kaufen und so eine Betriebsvereinfachung herbeizuführen. Der Wirt gewährt hier die Ermäßigung hauptsächlich im eigenen Interesse. Im einzelnen ist es ihm gleichgültig, wer das Recht aus der Marke geltend macht. In diesem Falle werden wir die Speisemarke als Isz. auffassen können.